ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXXVIII

MMXXV

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOLETÍN 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 LXXVIII
MMXXV

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

MADRID, 2026

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

https://cpage.mpr.gob.es

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

Pág.

NECROLÓGICA

Carlos María Romeo Casabona, por Esteban Sola Reche y Asier Urruela Mora 7

Claus Roxin, por Enrique Gimbernat Ordeig 13

SECCIÓN DOCTRINAL

La erosión de la dogmática jurídico-penal en la sociedad de la seguridad. Atribución de responsabilidad en organizaciones complejas, por Roland Hefendehl 25

El principio de flexibilidad: naturaleza jurídica y procedimiento de concesión. La enfermedad mental como caso tipo de aplicación, por Puerto Solar Calvo 45

Modo y tiempo de cumplimiento de las penas accesorias. A propósito del carácter relativamente autónomo de las penas accesorias, por Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños 73

El daño (en derecho penal, criminología y política criminal), por Fernando Miró Llinares 113

El delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral, por Francisco Salvador de la Fuente Cardona 197

Víctimas y sistema penal. Una aproximación crítica al protagonismo político-criminal de las víctimas y a su participación directa en la ejecución penitenciaria, por Lorena Alemán Aróstegui 263

Imprescriptibilidad o dignidad: en defensa de la prescripción penal (también) de los delitos sexuales cometidos sobre menores, por Beatriz Escudero García-Calderón 323

Evolución, regulación y tipicidad de las insolvencias punibles: un análisis desde el Derecho penal, por Daniel Fernández Bermejo 399

Adquisición de bitcoin mediante tarjetas prepagadas y «vouchers» no rastreables sin aportar datos personales: operativa, marco jurídico y consecuencias penales y administrativo-tributarias, por Norberto Miras Marín 499

¿Tiene aún sentido el proceso penal?, por Jordi Nieva-Fenoll 555

PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

El sesgo de automatización en la supervisión humana de sistemas de inteligencia artificial: el riesgo permitido en el nuevo marco normativo europeo, por Carlos Trincado Castán 587

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por Gemma Martínez Galindo.... 621
Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Sergio Cámara Arroyo 659
Sentencias de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2024, por Eduardo de Urbano Castrillo..... 761

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, por Ángela Casals Fernández..... 781

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

REVISTA DE LIBROS

Reseña del libro *Tratamiento penal del falso cultural*, de Juan José Periago Morant, por Cristina Guisasola Lerma 865
Reseña del libro *Nuevos retos tras veinte años de vigencia de la LO 1/2004*, de Cristina Alonso Salgado, Ana Rodríguez Álvarez y Almudena Valiño Ces (dirs.), por Diego Fierro Rodríguez..... 872

NECROLÓGICA

Carlos María Romeo Casabona

(Zaragoza, 23 de marzo de 1952 – Bilbao 15 de agosto de 2024)

I

Carlos María Romeo Casabona, catedrático de Derecho penal, humanista, falleció el 15 de agosto de 2024 plenamente consciente del final de su vida. Así lo quiso: mantenerse en condiciones de contemplar su despedida. Resignado después de casi cincuenta años de lucha contra la amenazante enfermedad con la que supo disciplinadamente convivir y que le iba cobrando cada vez más secuelas.

No dejó de trabajar hasta pocos días antes. Su último gran esfuerzo fue la redacción de su tercera Tesis Doctoral, defendida el 24 de junio de 2024, también en su alma mater, la Universidad de Zaragoza. Esta vez para obtener el grado de doctor en Historia. Anteriormente lo obtuvo en Medicina en 1991, y en Derecho en 1980.

Su plena vida académica puede ser fielmente descrita desde su formación como penalista, bajo el ejemplar magisterio del Profesor Cerezo Mir. Más allá del afecto y la gratitud con los que venía honrando a su maestro incluso después de su fallecimiento en 2017 (v. infra IV), Carlos Romeo se sintió afortunado, por razones diversas, de ser condiscípulo, con José Luis Díez Ripollés, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá, con quienes por coincidencia generacional compartió la mayor parte de su trayectoria académica.

La publicación de su tesis doctoral El médico y el Derecho penal (1981), exponía, desde la ortodoxia finalista, su convicción de que la tipicidad era el entorno en el que encontrar las mejores soluciones a tradicionales problemas de la teoría del delito. En lo fundamental, se había consolidado la aportación de Welzel de que la calificación del hecho como doloso o imprudente no tenía que postergarse al ulterior juicio de reprochabilidad. Con el modelo del ejercicio de las profesiones sanitarias, Carlos Romeo comprobó que incluso podía no ser

necesario el amparo de las causas de justificación cuando la conducta se realizaba con una finalidad curativa. Correctamente realizada, debía considerarse atípica: ni siquiera en sede de tipicidad es equiparable la lesión corporal causada por una cirugía clínicamente indicada a la de la violencia de un delito de robo.

Antes, en 1978, ya había dado cuenta de que el Derecho puede ofrecer importantes mejoras para difíciles retos sociales mediante sencillas contribuciones legislativas. Con la publicación de Los trasplantes de órganos: Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos, personalmente involucrado, mostraba cómo la dificultad de contar con órganos para trasplantar a quienes de ello dependía su supervivencia o su calidad de vida, podía reducirse con la introducción en la ley en ciernes del solidario consentimiento presunto del fallecido potencial donante (art. quinto. tres de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos). De la consiguiente modélica apuesta legislativa se benefició él mismo: tras ocho años dializándose, incluso en sus estancias de investigación en Alemania, fue trasplantado en septiembre de 1983. Quizás por eso se mostraba reacio a los muchos reconocimientos de su contribución a que la Ley española de trasplantes siguiera siendo, hasta más de treinta años desde su aprobación, la cobertura legal del liderazgo mundial en trasplantes de órganos humanos de nuestro país. Solía desviar todo mérito al compromiso solidario del entorno familiar de los donantes, y con admiración, a los equipos de trasplantes en la organización sanitaria española. Con personales compromisos: fue el primer secretario de la Federación Nacional de Asociaciones para la Lucha Contra las Enfermedades del Riñón (ALCER), cuya creación impulsó, y de la que fue nombrado presidente de honor.

En febrero de 1986 obtuvo la Cátedra de Derecho penal en la Universidad de La Laguna, a la que se dedicó con un entusiasta espíritu de servicio. Desde el primer momento asumió la docencia de varios grupos. Se responsabilizó también del seguimiento e impartición de las asignaturas de Derecho penal en el Colegio Universitario de Las Palmas de Gran Canaria, entonces dependiente de la Universidad de La Laguna, en el que poco después pudo contar como profesor asociado con un estudioso Fiscal, Manuel Marchena Gómez, el que acabó trabando una amistad salpicada de recíproca admiración.

Otro de sus desvelos de entonces fue conseguir una operativa y actualizada buena biblioteca. Con precaria ayuda informática fichamos unos 6000 ejemplares, entre los que aparecían antiguas ediciones de los cinco volúmenes de Die Normen und ihre Übertretung de Binding, de Das deutsche Strafrecht de Welzel, o más recientes de Grund

und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte de Schünemann, o de la 3.ª edición traducida por Muñoz Conde y Mir Puig del Tratado de Jescheck. Punteamos las interrupciones de la suscripción de la ZStW y de la Goltdammer´s para ponerlas al día. Aquello le entusiasmaba; y lo procesaba con la ambición de obtener los recursos que un exiguo presupuesto del Área no proporcionaba, «para poder trabajar en la Facultad». ¡Cómo han ido cambiando las cosas!

Su compromiso académico le llevó a aceptar los cargos de Director del Departamento y de Decano de la Facultad de Derecho. En tiempos de domésticas mezquindades que supo aplacar bondadosamente. Creó el Centro de Estudios Criminológicos, que con su dirección y gestión obtuvo recursos para organizar actividades formativas y encuentros en nuestra alejada Facultad con los más influyentes penalistas de aquellos años (nos visitaron Roxin, Hirsch, Eser, Schünemann, entre los alemanes; y prácticamente todo el escalafón de los españoles).

II

Sin abandonar su interés por los temas nucleares de la Parte general, dirigió entonces su actividad investigadora hacia los nuevos retos del Derecho penal. Su trabajo Poder Informático y seguridad jurídica (1987) obtuvo el premio Fundesco de Ensayo. Pero sobre todo la línea investigadora con la que culminó su doctorado en Medicina, y la consiguiente publicación El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana (1994), marcó su siguiente etapa académica. Como visionaria apuesta, la Fundación BBVA, la Diputación Foral de Vizcaya y la Universidad de Deusto le ofrecieron dirigir la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, desde 1993. Lo que le acabó llevando a la Universidad del País Vasco, de la que desde 1996 fue Catedrático, después de diez años en La Laguna.

De su productiva capacidad integradora resulta la creación y dirección de la referente Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review. Desde donde emerge la innovadora línea de investigación científica sobre Derecho Biomédico. Han sido numerosas las publicaciones y Tesis doctorales inspiradas en la temática de la que era precursor (dirigió una treintena), obteniendo en 2006 el reconocimiento junto a su equipo con el Premio de Investigación UD-Grupo Santander por el trabajo La Ética y el Derecho ante la Biomedicina del Futuro. Antes, destacadamente con el libro Los genes y sus leyes (2002), y después, con la dirección de la Enciclopedia de Bioderecho y Bioética (2011) consolidaba una especialidad jurídica resolutiva y predictiva de relevantes controversias sociales novedosas. Su obra en este campo lo convierte en referente internacional de la ciencia del Derecho Biomé-

dico, aportando un discurso metodológico como investigador en la vanguardia de las implicaciones jurídicas de nuevos escenarios científicos y tecnológicos. Su carácter pionero se reflejó no solo en el ámbito de la investigación científica, sino igualmente a nivel institucional como responsable de la estructuración y evolución de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano que en 2023 celebró su trigésimo aniversario.

Aquel mismo año de 2006 el Claustro de la Universidad de La Laguna lo acogió como nuevo Doctor honoris causa, en una emotiva escenificación de recíproca gratitud. El discurso ofrecido para la ocasión, Causalidad, determinismo e incertidumbre científica en el Derecho penal, hacía balance de las capacidades del Derecho penal como disciplina científica. También le fueron concedidos los doctorados honoris causa de la Universidad Privada de Tacna, de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, de la Universidad Privada de Moquegua (Perú) y de la Universidad PUC-Minas Gerais de Belo Horizonte (Brasil). Todas estas distinciones reconocían el rigor intelectual en la constancia y el tesón de su labor universitaria, como muestra su ingente producción científica (autor de más de veinte monografías, coautor de más de otras cincuenta y de más de doscientos artículos; director de las colecciones «Estudios de Derecho Penal y Criminología» y «Derecho y Ciencias de la Vida», ambas de la editorial Comares, y de las monografías de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano).

III

Una de las grandes vocaciones de Carlos Romeo fue la de posibilitar el intercambio del conocimiento científico tanto en España como en el extranjero. Ello le convirtió en un jurista de talla internacional y extendió, además, su actividad hacia otros sectores sociales trasladando su experiencia también fuera del ámbito universitario. Fue asesor del Ministerio Italiano de Universidades e Investigación, asistió al Ministerio de Justicia y al Parlamento de la República Democrática de Albania para la redacción del nuevo Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, fue autor del informe sobre el borrador de Proyecto de Ley relativo a las normas éticas de investigación biomédica con seres humanos para Argentina y llegó a formar parte de la Comisión de expertos internacionales encargada de la elaboración de un borrador de proyecto de ley para la represión penal de la falsificación de productos médicos en Costa de Marfil.

En nuestro país desarrolló múltiples actividades como experto, asesor o evaluador en el Ministerio de Sanidad y en el Ministerio de

Justicia. Muy importante, por ejemplo, fue su aportación para la introducción en 1995, por primera vez, de los delitos relativos a la manipulación genética en el Código Penal. Formó parte del Comité de Bioética de España, de la Comisión sobre Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos del Instituto de Salud Carlos III, de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y presidió el Comité de Ética de la Investigación de Euskadi.

Su labor fue también reseñable en el seno de diferentes instituciones internacionales. Manteniendo la esperanza de que los organismos supranacionales canalizarían los grandes cambios para la consecución de un mundo más justo, Carlos Romeo colaboró con la elaboración e implementación de los Convenios sobre la Falsificación de Productos Médicos y sobre la lucha contra el tráfico de órganos (ambos del Consejo de Europa); fue consultor externo independiente de este organismo y de la Organización Mundial de la Salud (Ginebra), de la UNESCO (París), y de la United Nations Office on Drugs and Crime de las Naciones Unidas (Viena) sobre materias relacionadas con Bioderecho, Bioética y Derecho Penal. En el seno del Consejo de Europa participó como consultor externo del grupo de expertos sobre delincuentes peligrosos y fue miembro durante casi dos décadas del Comité de Bioética de dicho organismo internacional. Merece un lugar destacado su trabajo en el Comité Consultivo Europeo de Investigación (ERAB, hoy EGE), como único español y único profesional de las ciencias humanas y jurídicas en este organismo, que asesora al ejecutivo comunitario en materia de investigación. Colaboró también con la Pontificia Academia de las Ciencias del Vaticano en varias oportunidades, con ocasión de la celebración de reuniones sobre las implicaciones bioéticas y jurídicas de los avances en genética humana.

IV

Pasado un tiempo desde que el Curso de Derecho penal español de su maestro, el Profesor Cerezo Mir, dejase de actualizarse, habiendo sido el principal soporte de la docencia de Parte general de sus discípulos y discípulos de éstos en varias Universidades, Carlos Romeo promovió la colectiva elaboración de un nuevo Manual que rescatase aquella valiosa base académica y científica compartida. Con la modesta aspiración de proporcionar al alumnado del ya constreñido Grado de Derecho la continuidad de la formación que habían heredado, en 2013 se publicó la 1.ª edición del Derecho penal. Parte general tributaria de aquel magisterio recibido; previsiblemente en 2025 tendrá continuidad, ya con una 3.ª edición.

Con la misma estela, y para completar la cobertura actualizada de las necesidades académicas, concitó el generoso esfuerzo de otros miembros de la escuela de Cerezo para elaborar también un Manual de Derecho penal. Parte especial, que en 2023 alcanzó su 3.ª edición.

V

A pesar de la honda tristeza que en el momento de la despedida nos embargó a todos los que, como discípulos o colegas hemos compartido nuestra vida académica con él, nos deja el recuerdo de su despedida: con sobriedad, lucidez y cumpliendo hasta el último momento con esa tan elevada exigencia que él mismo se imponía.

Decíamos que el 24 de mayo de 2024, menos de tres meses antes de su fallecimiento, defendía en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza su tercera Tesis Doctoral, en Historia. Al acto, celebrado en un salón de grados lleno a rebosar, acudieron discípulos y compañeros de distintas universidades españolas y extranjeras deseosos de rendirle homenaje en tan significado momento. Pocos días después se celebró en su honor el Congreso Internacional de Derecho y Genoma Humano que conmemoraba el 30 aniversario de la Cátedra que Carlos Romeo fundó y que tan magistralmente dirigió durante dicho periodo. De nuevo, dicho marco sirvió para congregar en torno al maestro a varias generaciones de discípulos y colegas de diferentes países. Y en ese momento, los que le queremos y admiramos comenzamos a tener la impresión de que Carlos, con la sensación del deber cumplido, iniciaba su despedida…

Además de su perenne legado científico deja numerosos discípulos actualmente profesores de distintas universidades españolas, europeas y sudamericanas fruto de su generosa dedicación a la formación de nuevas generaciones de investigadores. En ellos permanece para siempre el recuerdo de un hombre bueno y generoso, y el ejemplo de un académico vocacional y brillante, máximo exponente de la honestidad intelectual y del buen hacer científico.

Esteban Sola Reche
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de La Laguna)

Asier Urruela Mora
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza

Claus Roxin

Claus Roxin, que había nacido en Hamburgo el 15 de mayo de 1931, ha fallecido a los 93 años, el pasado 18 de febrero de 2025 en Munich, de cuya Universidad había sido, desde 1970, catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal y Teoría General del Derecho y, a partir de 1999, catedrático emérito de la misma.

I

En la Universidad de Hamburgo, y, especialmente, en su Facultad de Derecho, a finales de los años 50 y principio de los 60 del pasado siglo el nombre de Roxin circulaba ya como el de un jurista de esos que sólo surgen en muy raras ocasiones. Esa fama del joven Roxin, cuando ni siquiera se había habilitado como *Privatdozent*, obedecía a diversos factores.

En primer lugar, al impacto producido por su extraordinaria tesis doctoral, presentada en 1957 y dirigida por Heinrich Henkel, sobre *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale* («Tipos abiertos y elementos del deber jurídico»), que fue publicada en 1959.

En segundo lugar, al extraordinario expediente académico de Roxin del que no se recordaba que algún estudiante anterior hubiera podido igualarlo. Roxin había obtenido las máximas calificaciones tanto en el *Erstes Staatsexamen* («Primer examen de Estado»), que se rinde ante un tribunal compuesto por profesores de Universidad, que dura varios meses y que consta de un trabajo de fin de carrera, de varios exámenes escritos sobre las distintas asignaturas y, finalmente, de un examen oral sobre Derecho público, Derecho penal y Derecho privado, como en el *Zweites Staatsexamen* («Segundo examen de Estado»), que se realiza, después de dos años de prácticas (*Referendariat),* en tribunales, notarías, Ministerio Fiscal, despachos de abogados, etc., y que consta, al final de este periodo, de las mismas pruebas que el primer examen de Estado, siendo juzgado esta vez por una comisión compuesta por magistrados y fiscales.

Roxin, que siempre ha sido un incansable trabajador, cuando ya había aprobado el primer examen de Estado –y a pesar de que estaba preparando su escrito de habilitación, y realizando las prácticas requeridas para presentarse al segundo examen de Estado–, todavía encontraba tiempo para dar clases particulares –*Repetitorium*– a grupos de estudiantes que estaban próximos a presentarse al primer examen de Estado, impartiendo Roxin –y aquí se encuentra el tercer factor de su temprano renombre– unas clases fascinantes que también contribuye-

ron a difundir en la Universidad de Hamburgo que estábamos ante un pedagogo excepcional:

«Sin embargo», escribe su discípulo Christian Jäger (1), «Roxin no fue sólo un prestigioso y sobresaliente científico, sino también un docente carismático que entendía el Derecho penal, no como una teoría abstracta y sin sustancia, sino como, primordialmente, una materia viva y socialmente relevante. El escenario más impresionante de sus enseñanzas fueron sus lecciones magistrales. Quien haya vivido alguna vez estas lecciones nunca las olvidará, porque uno sentía que a Roxin le quemaba la pasión, y que quería que ésta se encendiera también en sus oyentes. Entusiasmado con la materia que transmitía, entusiasmó a generaciones de estudiantes con su indiscutible claridad y con su perfección retórica, teniendo la capacidad inalcanzada de exponer en su discurso de manera simple los problemas más difíciles […] Sus lecciones y sus conferencias se caracterizaban por una rara mezcla de profundidad dogmática y de aplicación práctica. Tenía el don de formular la solución de los problemas juridicopenales más complejos con palabras claras y precisas, un talento que le hizo un científico y orador altamente apreciado no solamente en Alemania, sino en el mundo entero. En todo ello, para Roxin el Derecho no fue nunca una dogmática vacía, sino un instrumento de la justicia, cuya aplicación exige prudencia y reflexión, porque era consciente de que la libertad conferida al jurista de la aplicación del Derecho presupone responsabilidad».

Otro factor que explica el enorme prestigio que rodeaba a Roxin en aquellos años es que, de alguna manera, se había filtrado que el escrito de habilitación en el que estaba trabajando (nada menos que *Täterschaft und Tatherrschaft* –«Autoría y dominio del hecho»–) iba a suponer una auténtica revolución en la dogmática penal, como así lo ha sido efectivamente: no tengo noticia de que monografía alguna de Derecho penal, como *Täterschaft und Tatherrschaft*, cuya primera edición es de 1963, haya llegado a alcanzar (y eso que su precio es de 100 euros) la friolera de –de momento– 11 ediciones en 2022. Y seguro que no va a ser la última.

A todo esto hay que añadir –y creo que no es un elemento que no haya que tener en cuenta– la imponente presencia física de Roxin. De una norme corpulencia, Roxin medía 1.93 metros y, en la época de la que hablo lucía un abundantísimo y maravilloso pelo rubio que, con el transcurso de los años, se convirtió en un –también maravilloso y abundantísimo– cabello completamente blanco.

(1) BECK-AKTUELL de 24 de febrero de 2025.

II

El año 1962 fue muy importante en la carrera académica de Claus Roxin.

En primer lugar, porque en julio de ese año se habilitó –con la monografía a la que me acabo de referir– en la Universidad de Hamburgo, adquiriendo, con ello, la categoría académica de *Privatdozent*, categoría normalmente necesaria, pero no suficiente, para recibir un *Ruf* (llamada) para ocupar una plaza de *ordentlicher Professor* (catedrático numerario) de una de las Universidades alemanas –con la única excepción de aquella que le ha otorgado la habilitación–. Esta regla del *Hausverbot* (prohibición de acceder a la cátedra por la Universidad donde se ha obtenido la habilitación) se ha establecido para combatir la corrupción de la endogamia, que tanto daño ha hecho a la Universidad española, donde suele prevalecer –con honrosísimas excepciones– la promoción al profesorado, no por méritos, sino por criterios de localismo.

Con la categoría de *Privatdozent* no se adquiere la condición de funcionario. Hasta que se recibe el *Ruf* de una Universidad para convertirse en catedrático pueden pasar alguno o muchos años… o no llegar nunca: todo depende de los méritos del *Privatdozent*. De acuerdo con un seguimiento, durante décadas, de las promociones universitarias alemanas, puedo decir que el sistema es bastante justo y que, entre los penalistas científicamente solventes, no conozco a ningún *Privatdozent* que no haya alcanzado una cátedra en un tiempo más o menos breve. También en esta promoción universitaria en el caso de Roxin se produjo un acontecimiento insólito: antes de que hubiera, por así decirlo, defendido su escrito de habilitación ante el tribunal designado al efecto de catedráticos –antes, pues de que hubiera alcanzado la categoría de *Privatdozent*–, tres Universidades alemanas se habían declarado dispuestas a «llamar» a Roxin para que ocupara una cátedra en su Facultad de Derecho, decidiéndose Roxin por la muy prestigiosa y centenaria –fundada en 1737– de Göttigen, una Universidad que, como decíamos en España antes de la funesta Ley de Reforma Universitaria de 1983, era una «Universidad de término». El acceso de Roxin a la cátedra fue tan meteórico que, recién obtenida su habilitación, Roxin firmaba un artículo en el fascículo 3 de 1962 de la revista de referencia: de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), como *Privatdozent Dr. Claus Roxin, Hamburg* (2), y en el siguiente fascículo 4 de la misma revista, como *Professor Dr. Claus Roxin, Göttingen* (3).

---

(2) Roxin, Rechtswidrigeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 1962 (3), pp. 412-444.

(3) Roxin, Zur Kritik de finalen Handlungslehre, ZStW 1962 (4), pp. 515-561.

III

Pero no todo iba a ser un camino de rosas para Claus Roxin. En aquellos primeros escritos, pero siempre guardando las formas, Roxin exponía sus argumentos, y sus críticas a las opiniones discrepantes de sus colegas de una manera tan cortante como brillante. Con el transcurso de los años, Roxin, con la misma brillantez y fuerza de convicción, y siempre manteniendo implacablemente sus opiniones, cuando tenía que discrepar de las ajenas, lo hacía, ya no de una manera tan cortante, sino, por así decirlo, dorando algo la píldora.

Pero volvamos a sus primeros escritos: Que Roxin, con su insultante juventud, con una lógica aplastante, sin floritura alguna, y con un elegante alemán que había aprendido de sus muchas lecturas de obras literarias, con una especial predilección por Goethe y por Thomas Mann, criticara las opiniones de penalistas consagrados y mucho mayores que él, no fue siempre bien recibido; me atrevo a decir, incluso, que tanta brillantez, tanto dominio de la argumentación jurídica y tanta juventud despertó alguna envidia con la aparición en el firmamento del Derecho penal de ese joven del que se adivinaba ya que estaba llamado a convertirse, en las siguientes décadas, en el indiscutido más importante penalista, no sólo de Alemania, sino del mundo entero.

Un caso aparte lo representa Hans Welzel, en aquellos años –y con toda razón– el más destacado penalista alemán y fundador de la teoría final de la acción. La enemistad de Welzel con Roxin no obedecía a envidia alguna –la envidia suele tener su origen en la que siente el mediocre de quien siente y sabe que es superior a él–; pero ese sentimiento no anida en quien ya es verdaderamente grande –como lo era Welzel–, porque el que otros también lo sean no disminuye en nada la grandeza propia. Esa enemistad de Welzel tenía su origen en que para aquél cualquier crítica a su criatura –el finalismo– la entendía como un ataque personal, incluso aunque ese ataque proviniera de un principiante (4). El detonante de esa enemistad tenía su origen, fundamentalmente, en el artículo de Roxin había dedicado en 1962 a la crítica de la teoría final de la acción (5), en el que argumentaba contra ella implacablemente, enemistad que llegó hasta tal punto que en la *Strafrechtslerertagung* (Congreso de docentes de Derecho penal) celebrada en Hamburgo en 1964, se produjo una acalorada discusión entre

(4) *Cfr.*, por ejemplo, *Gimbernat*, Autosemblanza, 2.ª ed. [incorporada como Apéndice a mí monografía El comportamiento alternativo conforme a Derecho, 2017, pp. 235 ss.]

(5) Citado *supra* nota 3.

ambos penalistas, que terminaría –según algunas versiones, cuya realidad no puedo asegurar– agarrando Welzel a Roxin por las solapas. Con el transcurso de los años, sin embargo, la relación entre Welzel y Roxin se convirtió, como fui testigo presencial de ello en varias ocasiones, en una muy cordial.

Sobre esa feliz evolución de la relación entre ambos, escribía Roxin en 2010 (6):

«Y también con Welzel (y con Armin Kaufmann) restablecí, al final, una muy agradable relación, cuando viajé a Argentina y a Chile en 1971. En 1974, en un Congreso de la Fundación Humboldt, celebrado en Ludwigsburg, nos sentamos juntos toda la tarde –a Welzel le gustaba cotillear de los colegas– y le dije, teniendo en cuenta la fascinación que me había producido la teoría final de la acción y que él había influido esencialmente en mi vocación por el Derecho penal: «En realidad siempre me he sentido muy cercano a su trabajo», a lo que me contestó: «Es muy amable que diga eso, *Herr* Roxin, pero tal vez lo podía haber expresado con mayor claridad». No pude contradecir a Welzel». ¡Qué anécdota más estupenda entre dos Grandes del Derecho penal!

Aunque, como ya he indicado, Göttingen era una «Universidad de término», tanto Roxin, y, sobre todo, su esposa, Imme, que habían nacido y se habían criado en la maravillosa metrópoli de Hamburgo, echaban de menos vivir en una de las grandes capitales alemanas –Göttingen tenía unos 120.000 habitantes– con sus numerosas ofertas de todo tipo, incluyendo, naturalmente, las culturales. En Hamburgo ello no era posible por la oposición –no sé muy por qué motivo, aunque debería de ser alguno de los que he señalado anteriormente– del entonces catedrático de Derecho penal de Hamburgo Erberhard Schmidhäuser. Creo que Roxin quedó siempre agradecido a esa hostilidad de Schmidhaüser, porque ello le permitió acceder, en 1970, a la Universidad de Munich, que en aquél entonces –antes del traslado de la capital de Alemania de Bonn a Berlín– era la capital cultural de Alemania, y que aún lo sigue siendo, ahora ya junto a Berlín. Los Roxin han sido muy felices en Munich, que los acogió con los brazos abiertos, recibiendo incluso Roxin, en 2000, la medalla *München leuchtet – Den Freunden Münchens* («Munich resplandece – A los amigos de Munich») en su máxima categoría de oro, otorgada por el Ayuntamiento de Munich. Sin embargo, el *Ruf* de Munich no estuvo exento de dificultades, porque a ello se oponía cerradamente

(6) Roxin, Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen (Hilgendorf, ed.), 2010, pp. 462-463.

el famoso catedrático de esa Universidad –ya jubilado y cuya cátedra era precisamente la que había quedado vacante–, Reinhart Maurach, posiblemente –sospecho– porque éste –el más destacado finalista alemán, después de Welzel–, y al contrario que éste último, no había podido digerir las críticas de Roxin contra la teoría final de la acción. Pero, afortunadamente, Maurach no tuvo éxito con su oposición. No sólo porque Roxin era, ya entonces, el más importante penalista de Alemania, sino porque encontró el incondicional apoyo, además del prestado por los dos catedráticos de Munich, su amigo, el también gran penalista Arthur Kaufmann, y el del extraordinario dogmático Paul Bockelmann, también el del prestigiosísimo y respetadísimo catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho Karl Engisch, que había sido catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho en Munich desde 1953 hasta su jubilación en 1967, y que, ya desde las primeras publicaciones de Roxin, había mostrado en sus escritos, negro sobre blanco, la altísima consideración científica que sentía por Roxin.

IV

El 16 de marzo de 2004, en su discurso de investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Granada, Roxin había pronunciado las siguientes palabras:

«En la época de Franco visité Granada. Mi primer viaje a Granada es también en otro sentido memorable porque el día de mi regreso, el 20 de septiembre de 1956, vi, por primera vez, a mi esposa, y me enamoré enseguida de ella, cuando, como joven estudiante de Derecho, se inscribió en uno de mis cursos. Si hubiera imaginado entonces, cuando la entusiasmaba con mis recuerdos de Granada, que 48 años después, viviríamos juntos este día en Granada, hubiera pensado que era un sueño muy irreal. Pero se ve que la vida es a veces como un sueño».

Cinco años después de aquel día en el que Roxin vio por primera vez a su futura mujer, en mayo de 1961, contrajo matrimonio con ella, con Imme, nacida el 15 de mayo de 1937, y la mujer de su vida hasta que la muerte les ha separado.

El flechazo de Roxin hacia esa maravillosa mujer que es Imme debió ser instantáneo, porque según le contó un día Imme a mi mujer Nieves y a mí, a los pocos días de conocerla, Roxin de pronto le dijo: «Quiero casarme con usted», a lo que Imme le contestó: «Pero si yo a usted no le conozco».

Sobre esta historia de amor entre Roxin e Imme, recuerdo que, en la primavera de 1973, se celebró un Congreso en Santiago de Chile Organizado por el Instituto de Ciencias Penales chileno en el que participaron, además de los más destacados penalistas chilenos (7), como invitados extranjeros, y entre otros, Roxin por Alemania, Bacigalupo por Argentina, Heleno Claudio Fragoso por Brasil, y Cerezo y Gimbernat por España. Después de la cena Roxin era siempre el primero en retirarse a la habitación del hotel. Un día, charlando con él, no sé muy bien cómo salió en la conversación el motivo de aquella retirada tan temprana, explicándome Roxin que siempre, por la tarde–noche, antes de acostarse, dedicaba ese tiempo a escribirle una carta a Imme, relatándole, como en una crónica, todo lo que había sucedido durante ese día. Como estábamos en 1973, cuando todavía no existían teléfonos móviles, ni faxes, ni Internet, sospecho que cuando Roxin retornó a Munich, todavía estarían llegando algunas de las cartas que había enviado a su esposa desde Santiago de Chile.

---

(7) Sólo excusaron su asistencia, por estar cumpliendo con sus obligaciones oficiales fuera de su país, los catedráticos de Derecho penal Álvaro Bunster, en aquellos tiempos embajador de Chile en el Reino Unido, y Eduardo Novoa, quien había preparado la Ley de Nacionalización del Cobre, defendiendo después, con éxito, como abogado del Estado chileno, la legitimidad de esa medida ante Tribunales de París y de Hamburgo, que habían dictado órdenes de embargo a instancias de la compañía cuprífera norteamericana Braden Cooper. A los asistentes extranjeros a aquel Congreso nos sorprendió agradablemente, a pesar de que su ideología iba desde la extrema derecha a la extrema izquierda, la cordialidad que existía entre nuestros colegas chilenos, en contraste con la tensión que se vivía en la calle entre partidarios y opositores a Salvador Allende. Pocos meses más tarde de la celebración de aquel Congreso, el 11 de septiembre de 1973, se produjo el golpe de Estado de Agustín Pinochet, esfumándose aquella aparente o realmente sentida cordialidad: los catedráticos de Derecho penal Miguel Schweitzer Speisky y su hijo, Miguel Schweitzer Walters, que habían asistido ambos a aquel Congreso, ocuparon carteras ministeriales en el Gobierno de Pinochet (la de Justicia, el primero y la de Relaciones Exteriores, el segundo), permaneciendo otros en el país: unos mostrando, en mayor o menor medida sus simpatías por la Dictadura, otros en un exilio interior, y otros incluso, como Alfredo Etcheberry, defendiendo en los tribunales, con un coraje admirable, a opositores a la Dictadura de Pinochet. Los restantes se decidieron por el exilio, como Bunster y Novoa, que optaron por no regresar a Chile, exiliándose el primero en México, y el segundo en Francia, Venezuela y Argentina, o logrando escapar de Chile, clandestinamente, jugándose las torturas o, incluso, la vida, como Bustos (exiliado en España) o Polittof (exiliado, primero, en la República Democrática Alemana y, posteriormente, en Suiza). [Para más detalles, v. Gimbernat, Juan Bustos (necrológica), Estado de Derecho y Ley Penal, 2009, pp. 19 ss. Con el advenimiento de la Democracia Bustos llegó a ocupar la presidencia de la Cámara de Diputados chilena, que ostentaba cuando falleció en 2008].

V

El 26 de diciembre de 2004 el destino se ensañó con la familia Roxin. Ese día se produjo un maremoto de magnitud 9.1 que causó un tsunami con olas de hasta 30 metros, que afectó a una decena de países, desde Indonesia hasta Malasia, y que causó la muerte de aproximadamente 230.000 personas y un número indeterminado de lesionados. La hija pequeña de Roxin, Anja, se encontraba en aquella fecha pasando las vacaciones de Navidad en el pueblo costero tailandés de Khao Lak, junto con su marido Holger, sus dos hijos, Nico de 3 años y Linus de 1, así como su suegro. Mientras estaban en su bungalow una ola lo arrasó, arrebatando de los brazos de Anja, con los que trataba de protegerlos, a sus dos hijos, que desaparecieron en el mar, como también falleció por la fuerza de las olas el suegro de Anja. Anja, por su parte, sufrió numerosos y gravísimos traumatismos como consecuencia de los tremendos golpes que le produjo el tsunami, mientras que su marido sufrió otras de poca consideración. La hija mayor de los Roxin, Ilka, se desplazó inmediatamente a Tailandia para acompañar a su hermana y acelerar, en lo posible, su traslado, a Alemania. En Tailandia Anja fue sometida a dolorosísimas intervenciones sin anestesia, ya que las reservas de sedantes se agotaron rápidamente ante las miles de operaciones que se tenían que practicar con carácter de urgencia.

Una vez que ello fue posible, la hija de los Roxin fue trasladada a Alemania, ingresando en un hospital en Colonia en donde, después de 15 operaciones a vida o muerte lograron salvarle la vida. Claus e Imme, devastados por la tragedia, abandonaron su hogar en Stockdorf, un pueblo cercano a Munich, donde residían, desplazándose a Colonia, para acompañar a su hija, instalándose en un hotel, hasta que se produjo la recuperación de su hija. Claus Roxin se dirigió a sus numerosísimos amigos y colegas de todo el mundo, haciéndonos llegar que suspendía cualquier clase de comunicación hasta que su hija se recuperara, porque le era imposible atender a las numerosísimas muestras de solidaridad que había recibido y que, previsiblemente, seguiría recibiendo. En todo ello, aparte de la victoria contra la muerte de Anja, la única noticia positiva fue la de que pudieron recuperar los cuerpos de los dos niños, haciendo posible, de esta manera, que se les pudiera dar sepultura.

La muerte de los dos hijos de Anja, y la de su suegro, y las gravísimas sufridas por la madre, como me dijo en su día mi amigo y discípulo de Roxin, Bernd Schünemann, era «una tragedia como sólo se producen en las guerras». Como pocos matrimonios habrían

sido capaces de superar un golpe tan brutal del destino, de ahí mi alegría y mi sorpresa cuando años más tarde –creo que fue en 2011 en la cena que siguió a la presentación del Libro-Homenaje a Roxin, con motivo de su 80 cumpleaños– vi aparecer a Anja y a su marido Holger acompañados de sus dos hijos pequeños que, después de aquel fatídico diciembre de 2004, habían nacido de su unión, y que ponían de manifiesto que la tragedia vivida no les había destruido, sino que, admirablemente, habían tenido las fuerzas suficientes para seguir creyendo en su futuro.

VI

Junto al catedrático de Bayreuth Harro Otto –que a finales de los 50 y principio de los 60 del pasado siglo preparaba en Hamburgo, bajo la dirección de Rudolf Sieverts, su tesis doctoral–, creo que somos los dos únicos penalistas vivos que quedamos que hemos conocido a Roxin cuando éste iniciaba su carrera académica y todavía no se había habilitado. Roxin y yo nos conocimos en 1960 cuando él tenía 29 años y yo 22, y vivía en Hamburgo, recopilando el material para mi tesis doctoral, dirigida por Heinrich Henkel, el mismo maestro de Roxin que había dirigido su tesis doctoral y que ahora apadrinaba su escrito de habilitación (8). Desde entonces hasta su muerte la relación con mi amigo Claus ha sido interrumpida: independientemente de la frecuente correspondencia intercambiada entre los dos, hemos asistido juntos –muchas veces acompañados de nuestras esposas Imme y Nieves– en Latinoamérica, en Alemania y en España a numerosos Congresos, presentaciones de Libros–Homenaje –además de los dos dedicados a Roxin en Alemania en 2001 y 2011 también a los de otros colegas alemanes–, o a reuniones científicas como conferenciantes; incluso, en dos ocasiones, para recibir juntos la distinción de Doctores *honoris causa* [el 16 de noviembre de 2000 por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (México), y el 24 de septiembre de 2007 por la Universidad Santa María de Caracas (Venezuela)].

Cuando empecé a escribir esta necrológica desconocía que iba a ser una bastante heterodoxa. Ahora que estoy a punto de concluirla sigo por ese camino. Al contrario de lo que suele constituir el núcleo de ese género de los obituarios, casi no me he referido –y no voy a hacerlo– a la obra científica del colega fallecido. Este obituario está destinado a publicarse en una revista de la especialidad, y la gigantesca dimensión científica de la obra de Roxin es de sobra conocida

(8) Sobre mis años de formación en Hamburgo, *Cfr.* GIMBERNAT (nota 4), pp. 208-224.

entre los que cultivamos la ciencia del Derecho penal, teniendo en cuenta, además, que la práctica totalidad de esa obra ha sido traducida al español, junto también, en mayor o menor medida, a numerosos otros idiomas, incluyendo, entre ellos, a los orientales, como el chino, el japonés o el coreano.

No obstante, y desde un plano estrictamente personal, sí que quiero hacer una referencia a lo que ha representado para mí el docente y el científico Roxin.

Al escribir esta necrológica he aprendido por primera vez lo que significa el frecuente tópico que se dirige a una persona admirada cuando se dice de ella que ha sido una inspiración. Cuando digo de Roxin que ha sido para mí una inspiración, sé muy bien a lo que me refiero.

Por lo que se refiere a la docencia, mis clases no las habría planteado ni dictado de la misma manera, si antes no hubiera presenciado las que pronunciaba Roxin en Hamburgo, donde me invitó a asistir a algunas de las que impartía en aquellos cursos para estudiantes que se preparaban para el primer examen de Estado, y a las que me he referido anteriormente. Por otra parte, en el *Sommersmester* (semestre de verano) de 1970, cuando me encontraba en Friburgo, me desplacé a Munich para pasar el día con Roxin, y le pedí, expresamente, que fuera uno en el que impartiera una de sus clases, asistiendo en la mañana de aquel día a la que dictó Roxin en el Auditorium Maximum de la Universidad de Munich, un aula de un enorme aforo, llena a rebosar, en la que pude sentir, una vez más, en palabras de Jäger citadas anteriormente, «que a Roxin le quemaba la pasión y que quería que ésta se encendiera también en sus oyentes», y «entusiasmado con la materia que transmitía, entusiasmó a generaciones de estudiantes», y a todos los que tuvimos la fortuna de presenciarlas, constituyendo para mí un modelo cuando, como profesor, me llegó la hora de impartir mis propias clases.

La obra científica de Roxin ha sido también para mí una inspiración. Mis escritos no habrían sido los mismos si no hubiera leído los de Roxin, desde que éste empezó a publicar sus obras, con su búsqueda de la claridad y su empeño en hacer siempre fructífera la teoría para la práctica (9). Por otra parte, creo que si no he leído toda la obra

(9) Esa interrelación entre teoría y práctica la aprendí también de mi maestro Quintano Ripollés. *Cfr.* Quintano Ripollés, Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo I, 1.ª ed. 1962, 2.ª ed., puesta al día por Gimbernat, 1972, Advertencia Preliminar. «Para concluir con la confesión de propósitos me referiré a lo que siempre suele ser nota en mis trabajos de este tipo: aunar la especulación teórica con las exigencias de la práctica y procurar esquivar los dos escollos acechan con tanta frecuen-

de Roxin (libros, artículos, comentarios a sentencias, contribuciones al Leipziger Kommentar) poco me falta. Esas lecturas me han servido muchas veces para abordar los problemas y las soluciones que él proponía, bien para seguir desarrollándolas por mí mismo, bien para discrepar de las tesis de Roxin, pero, en cualquier caso, siempre para inspirarme.

Por último, unas palabras sobre algunas de las cualidades de ese excepcional ser humano que ha sido Roxin. Su tolerancia sólo puede compararse –en él, que ha sido un coloso de la ciencia penal– con la sencillez y la modestia que le adornaban, y su hospitalidad y el tiempo que dedicaba a las decenas de penalistas de todos los rincones del mundo que acudían a Munich para aprender de ese maestro único sólo se puede comparar con el desprendimiento y la generosidad que les dedicaba. (Para muestra basta un botón: Según me contó una vez mi gran amigo José Manuel Gómez Benítez, catedrático jubilado de la Universidad Complutense de Madrid, durante su estancia en Munich, financiada con una beca Humboldt, conversó con Roxin sobre un tema en el que aquél estaba trabajando, y la respuesta de Roxin fue la de entregarle el manuscrito inédito del capítulo de su *Lehrbuch* en el que se ocupaba de esa cuestión, a pesar de que era inédito y todavía tardaría un tiempo en ser publicado).

El autor de esta necrológica lleva dedicado a esta cosa del Derecho penal, con dedicación exclusiva y excluyente, cerca de 65 años. En todo este tiempo, además de haber escuchado miles de conferencias de Derecho penal, habré leído decenas de miles de artículos y miles de libros de mi especialidad. Con muchos de sus autores de las más diversas nacionalidades –mayores o mucho mayores que yo, o contemporáneos míos hasta llegar a los de las últimas generaciones– he tenido un trato personal. También, y a menudo, estableciendo lazos de amistad con los más eximios representantes de la ciencia penal; pero sin menospreciar –nada más lejos de mi intención– la enorme categoría científica de muchos de ellos, tengo que confesar que, de entre esta pléyade de excepcionales colegas, sólo he conocido a un genio: a Claus Roxin.

Enrique Gimbernat Ordeig
Catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

---

cia al jurista, el del *mandarinismo* y el del *rabulismo*. Scila y Caribdis de nuestra especialidad que quisiera a todo trance salvar poniendo la proa de mi frágil navecilla hacia el seguro Mesina que brinda aquel bello aforismo de Leonardo da Vinci: *La teoría e il Capitano e la pratica sono i soldati*. Sin uno o sin otros la batalla queda irremisiblemente perdida».

SECCIÓN DOCTRINAL

La erosión de la dogmática jurídico-penal en la sociedad de la seguridad. Atribución de responsabilidad en organizaciones complejas

ROLAND HEFENDEHL
Catedrático de Derecho penal y Criminología, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

RESUMEN

Si en relación con un comportamiento delictivo que proviene de una empresa uno no quiere conformarse solo con atribuirle responsabilidad penal en el más verdadero sentido de la palabra, entonces el debate debe versar monográficamente sobre cuestiones de imputación individual. El complejo de los compliance ha desviado el foco a lo que aquí llamo Derecho penal de la vigilancia (Überwachungsstrafrecht) que, a la vez y connaturalmente, completa las reconocibles tendencias al adelantamiento de la punibilidad. Inexactitudes en la imputación jurídico-penal van de la mano con la pérdida de fundamento teórico y se encuentran, en forma de mecanismos de autorregulación, con las características actuales de una sociedad de la seguridad (Sicherheitsgesellschaft). La dogmática jurídico-penal se erosiona, la política criminal se convierte en parte de una política general de seguridad.

Palabras clave: *Imputación en organizaciones complejas; compliance; responsabilidad por omisión; punibilidad de la vigilancia; sociedad de la seguridad.*

ABSTRACT

If, in relation to criminal behaviour originating from a company, one does not wish to settle for attributing criminal liability in the truest sense of the word, then the debate must focus exclusively on issues of individual imputation. The compliance complex has shifted the focus to what I call surveillance criminal law (Überwa-

chungsstrafrecht), which, at the same time and inherently, complements the recognisable trends towards the advancement of punishability. Inaccuracies in criminal law attribution go hand in hand with the loss of theoretical foundation and are found, in the form of self-regulation mechanisms, in the current characteristics of a security society (Sicherheitsgesellschaft). Criminal law dogma is eroded, criminal policy becomes part of a general security policy.

Keywords: *Imputation in complex organisations; compliance; liability for omission; punishability of surveillance; security society.*

SUMARIO: I. Introducción al tema.–II. Los modelos dogmáticos de solución en perspectiva estructural.–III. Nuevos desarrollos dogmáticos - Análisis e interpretación. 1. Omisión y compliance. 2. Adelantamiento de la punibilidad y compliance. 3. Análisis. 3.1. Dogmática de la omisión. 3.2. Tendencias al adelantamiento de la punibilidad. 4. Interpretación.–IV. Panorámica de las tendencias actuales de la arquitectura del derecho penal en una teoría del derecho penal transformada. 1. Tendencias actuales de la arquitectura del derecho penal. 2. Tendencias actuales de la teoría del derecho penal.–V. Panorámica de la punibilidad de la vigilancia en una teoría social transformada. 1. Características de la sociedad de la seguridad. 2. Paralelos con la estructura empresarial.–VI. Síntesis de los resultados.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA*

Este trabajo asume, una vez más, el fin de querer emular a *Bernd Schünemann*. Nada ha cambiado a este respecto en 30 años. A juicio del *autor* es necesario, para ello, un tema que sea tan actual como fundamental y que no esté confinado en una sola disciplina científica. El gran alivio cuando uno escribe: uno puede acudir a la obra del celebrado, que ya abarca cinco décadas y que retrata exactamente el perfil del tema buscado. Trata cuestiones fundamentales, está orientada interdisciplinariamente y aborda constantemente inaplazables cuestiones de actualidad (2).

* Agradezco profundamente a mi asistente Nils Ströle por la ayuda en la investigación preparatoria. También a Brian Buchhalter Montero, por su dedicada y precisa traducción. El texto original en alemán fue publicado en el *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, s/n., 2019, pp. 705 y ss.

(2) Y ni una vez parece sobrecargar este vigoroso programa a Bernd Schünemann, al que dedico de corazón este trabajo (sobre la tentativa de presentar el com-

Las cuestiones sobre la imputación dominan desde hace ya muchas décadas el Derecho penal y de la misma manera tanto la parte general como la especial. Mientras que en el tipo objetivo se trata de cuestiones de creación de riesgo y su materialización, en el tipo subjetivo hay que examinar si el dolo abarca los fundamentos fácticos de esta imputación objetiva. El tipo de la estafa, por ejemplo, es desde hace mucho tiempo lugar para intensas reflexiones sobre la relevancia de la imputación en la parte especial (3). Las cuestiones sobre imputación son, en la teoría y en la práctica esencialmente más exigentes que aquellas sobre la casualidad, porque pretenden poner un foco de atención normativamente convincente sobre quien, en una primera aproximación, llamamos ahora responsable.

Las dificultades en la imputación objetiva se potencian, todavía más, cuando la discusión no versa sobre el actuar de una persona física existente sin duda alguna, sino cuando la creación típica del riesgo aparece como la obra de una pluralidad de personas unidas en un marco de cooperación. De esta manera llegamos a mi tema. En lo que sigue, me gustaría presentar, de manera general, los distintos modelos que se han desarrollado o propuesto para la resolución de problemas de imputación en organizaciones complejas. Aquí se mostrará rápido que todos ellos se han revelado dogmáticamente insatisfactorios y que, consciente o inconscientemente, tienen importantes implicaciones político-criminales. Esto no es, según mi manera de abordar cuestiones dogmáticas (incardinada en la tradición de *Claus Roxin*) ningún defecto. Fue precisamente él quien en su fundamental trabajo sobre «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem» el que ha advertido sobre las limitantes interacciones entre dogmática y política-criminal (4). Desde esa postura, las figuras jurídico-dogmáticas deben interpretarse siempre a la luz de la política criminal. Pero quien se sirve de la política-criminal para pretender trascender de los fines queridos por el legislador o para ir más allá de la frontera del tenor literal, va demasiado lejos (5). Debería honestamente revelar que no se mueve, ya, en el terreno de la Ley y de la Constitución.

Por nombrar un ejemplo para esta materia en justamente la intersección entre dogmática jurídico-penal y política criminal: la ampliación de la figura jurídica de la autoría mediata al llamado dominio de

---

pleto caleidoscopio de su actuar, *cfr.* HEFENDEHL, GA 2009, pp. 618 y ss.).

(3) HARBORT, *Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug,* 2010; KRAINBRING, *Spenden-und Bettelbetrug,* 2015, 157 y ss.; *cfr.* ya MANZANO, en: Schünemann/Suárez González (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts,* 1994, pp. 213 y ss.; RENGIER FS Roxin, 2001, pp. 811, 819 y ss.

(4) ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* 2. Aufl., 1973, *passim*.

(5) ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 7 ap. 80 y s.

la voluntad por aparatos organizados de poder estaba conducida por la intención político-criminal de poder hacer responsables penalmente a los jerarcas de regímenes criminales no solo como inductores sino como autores (6). El régimen criminal nacionalsocialista o la dictadura argentina son conocidos ejemplos de estos supuestos excepcionales. Una interpretación extensiva tal de la autoría mediata era legitimable dogmáticamente solo con esfuerzo y, de hecho, encontró algunos críticos (7). La compatibilidad con el principio dogmático del dominio del hecho era y es todavía más discutida en otra ampliación de esta figura jurídica a las empresas (8) que no deben calificarse como regímenes criminales *per se.* Se ve, en este ejemplo, cómo las necesidades político-criminales tironean de las categorías dogmáticas.

Uno está casi un poco sorprendido de por qué, en este contexto, no se utiliza el concepto de *atribución* (*Zuschreibung*) como concepto-oposición al de *imputación* (*Zurechnung*). Sorprende porque los procesos de atribución juegan un rol importante en la criminología o –formulado más cautelosamente– deberían jugar un rol importante en el análisis crítico. Así, en la criminología hay dos perspectivas diametralmente opuestas: mientras que una no ha renunciado, en el marco de la tradición, a la búsqueda de las causas de criminalidad, es decir, le gustaría proceder etiológicamente, la criminología crítica y, aquí, el *labeling approach* ve en la criminalidad un producto de atribución como consecuencia del ejercicio de poder (9). Un conocido campo de aplicación de esta perspectiva es la, a menudo calificada de «grave», delincuencia de los extranjeros. Investigaciones empíricas han revelado, sin embargo, una distinta intensidad de la persecución penal (10). Pero también en el ámbito de la delincuencia económica

(6) Sobre el dominio de la voluntad por aparatos de poder organizados, *cfr.* Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft,* 9. Aufl., 2015, pp. 242 y ss. y 705 y ss., así como el mismo, *Strafrecht Allgemeiner* Teil, Bd. 2, 2003, § 25 ap. 105 y ss.

(7) NK-StGB/Schild, 5. Aufl., 2017, § 25 ap. 123; Herzberg, en: Amelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft,* 2000, y 35 y ss.; Rotsch, ZStW 112 (2000), pp. 518, 526 y ss.; Zaczyk GA 2006, pp. 411 y 414 (con más referencias).

(8) BGHSt 40, 218, 237; BGH NStZ 1998, 568, 569 y s. con comentario crítico de Dierlamm; BGHSt 48, 331, 342; Hefendehl GA 2004, 575, 577 y ss.; en contra: Roxin FG BGH, Bd. IV, 2000, S. 177, 192 y ss.; MüKo-StGB/Joecks, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 ap. 153 y ss.

(9) *Cfr.* Sack, en: König (Hrsg.), *Handbuch der empirischen Sozialforschung,* Bd. 12: Wahlverhalten - Vorurteile - Kriminalität, 2. Aufl., 1978, p. 192, 378 ff.; P.-A. Albrecht, *Kriminologie*, 4. Aufl., 2010, § 3 IV. 1 con otras referencias.

(10) Sack, en: Heinz/Kluge (Hrsg.), *Einwanderung – Bedrohung oder Zukunft?,* 2012, pp. 297, 313 y s. se refiere a la reacción selectiva de las instancias de

es posible encontrar modelos de explicación de la criminología crítica en la forma de la etiquetación simbólica, del *labeling*, de «ovejas negras», con lo que no es necesario poner en cuestión el sistema económico mismo (11).

Si recapitulamos los conceptos utilizados hasta ahora en el contexto de la dogmática jurídico-penal y de la criminología, podemos observar paralelos sorprendentes, pero también divergencias. En la dogmática jurídico-penal la causalidad fue restrictivamente completada por el instituto dogmático de la imputación objetiva. En la criminología existe una tendencia a tomar en serio que quiere cesar la búsqueda de las causas de criminalidad y que, en sustitución, quiere examinar procesos de atribución.

La pregunta que se plantea es si de este hallazgo podemos extraer ganancia para nuestro tema dogmático: quizás en la manera de que la anunciada lenta disolución del claro instituto de la imputación objetiva no sea más que una mera atribución en el sentido de la criminología crítica. Esto sería, si se acreditara a continuación, una conclusión tan notable como inquietante.

II. LOS MODELOS DOGMÁTICOS DE SOLUCIÓN EN PERSPECTIVA ESTRUCTURAL

Tras estas consideraciones preliminares no es mi intención ahora presentar en detalle los enfoques dogmáticos para solucionar los problemas de imputación en organizaciones complejas. Solo pretendo caracterizarlos en su enfoque estructural.

El modelo clásico, que persigue una imputación individual de responsabilidad, intenta salir adelante, cuando se trata de un delito proveniente de una organización compleja, con los instrumentos dogmáticos tradicionales. Aquí se trata, especialmente, de las estructuras de imputación de autoría y participación que deberían posibilitar, en procesos basados en la división del trabajo, identificar una persona física o una mayoría de personas como responsables en sentido penal (12).

La pregunta por una posible autoría por omisión es clásica y actual en una misma manera. En el –para el Derecho penal económico–

---

control respecto de los sospechosos extranjeros y habla de un «efecto de sospecha»; *cfr.* sobre la mayor predisposición a denunciar a extranjeros, Baier/Pfeifer/Simonson/Rabold, *Jugendliche in Deutschland als Opfer und Täter von Gewalt,* KFN – Forschungsbericht Nr. 107, 2000, p. 11.

(11) Hefendehl KJ 2016, 577, 583 y ss.

(12) *Cfr.*, por ejemplo, Frisch FS Rogall, 2018, p. 121 y ss.

famoso caso del aerosol de cuero (*Lederspray*) (13) ya se planteó hace ahora justo treinta años la pregunta por una posible responsabilidad por omisión por no haberse retirado un producto del mercado. Se trataba de un aerosol de cuero que fue puesto en circulación y que se reveló, posteriormente, peligroso para la salud (14).

La responsabilidad por omisión está también ahora en la punta de la lanza de las tendencias actuales en la lucha contra la criminalidad económica, si pensamos en la llamada responsabilidad del empresario (*Geschäftsherrenhaftung*) y en la implantación de estructuras de *compliance*. De ello me ocupo, en seguida, en el epígrafe 3.1.

Exactamente el otro extremo de los modelos dogmáticos de imputación representan los modelos de responsabilidad penal de la empresa, ya realizados en muchos ordenamientos jurídicos, pero también exigidos vehementemente en otros tantos (15). Estos modelos intentan desatar el nudo gordiano de los problemas de imputación individual incorporando la cooperación misma a la obligación jurídico-penal cuando aquella pueda afectar a bienes jurídicos. Alemania representa, a esos efectos, uno de los últimos bastiones que, con base en el elemental principio jurídico-penal de la culpabilidad, todavía rechaza la responsabilidad penal de la persona jurídica (16). Me atrevo a pronosticar

(13) BGHSt 37, 106 y ss.

(14) La situación se presentó estructuralmente parecida en España, donde nadie intervino respecto de aceite de colza contaminado y se produjeron incontables lesiones graves y muertes; al respecto: Span. Oberster Gerichtshof NStZ 1994, 37 y ss. así como Puppe JZ 1994, 1147 y ss.

(15) Muchos países europeos conocen ya propiamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas como Gran Bretaña, Países Bajos, Portugal, Noruega, Islandia, Francia, España, República Checa, Dinamarca, Eslovenia, Bélgica y Suiza (Schönke/Schröder, Heine/Weisser, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 25 y ss., ap. 124 con más referencias). En Alemania se discute la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hace años. Por ejemplo, *cfr.* Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen,* 1995, 206 y ss. con más referencias; Zieschang GA 2014, 91 y ss.; Schünemann ZIS 2014, 1 y ss. con más referencias; el mismo GA 2015, 274 y ss.; también Greco GA 2015, 503 y ss.; Rogall GA 2015, pp. 260 y ss. Nordhrein-Westfalen presentó en 2013 un Proyecto para la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (disponible en: https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/TOP_II_5_Gesetzentwurf.pdf [visitado por última vez el 16 de octubre de 2019]). En el año 2017 un grupo de la Universität zu Köln publicó el llamado Proyecto de Köln de Ley sobre la sanción de personas jurídicas (impreso en NZWiSt 2018, 1 y ss.); *cfr.*, además, la parcialmente crítica de toma de posición de Kölbel NZWiSt 2018, 407 y ss.; Wohlers NZWiSt 2018, 412 y ss.; Beckemper NZSWiSt 2018, 420 y ss.; ninguno de los Proyectos ha dado concretos pasos para convertirse en Ley.

(16) *Cfr.* Schünemann, *Zur Frage der Verfassungswidrikeit und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen*, 2013, p. 3, 11 y ss., disponible en: http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_

que, en un tiempo cercano, en el contexto de las tendencias de expansión del Derecho penal (17) se hará realidad la responsabilidad penal de la empresa o, por lo menos, una más severa responsabilidad administrativa (18), aunque las iniciativas más recientes vuelvan a superarse en insostenibilidad teórica y en un fungible malabarismo conceptual (19). Estas iniciativas cuentan con el viento de cola de la política y de la indignación social, acentuada por los medios de comunicación, que exigen Derecho penal cuando se atribuyen lesiones de bienes jurídicos a grupos de empresas como Bayer AG en el contexto de la crisis de Monsanto. Pero justamente de eso se trata en este campo: de la mencionada atribución y no de una imputación dogmáticamente justificada.

Entre estos dos polos existe un amplio término medio que, de nuevo, se llena a nivel nacional de las maneras más distintas. En Alemania se sitúan en este término medio, por ejemplo, los ilícitos administrativos de la responsabilidad individual por vigilancia del § 130 OWiG así como la sanción de personas jurídicas del § 30 OWiG. Mientras que en los supuestos de la responsabilidad por vigilancia, la teoría del aumento del riesgo facilita la imputación (20), la multa administrativa a la persona jurídica corporeiza la responsabilidad de la empresa en un nivel superficialmente inferior. De una parte, se renuncia al reproche jurídico-penal de culpabilidad, de otra parte se imponen, sin embargo, graves multas administrativas (21).

Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf (visitado por última vez el 16 de octubre de 2019) así como EL MISMO ZIS 2014, 1 y 11 y siguiente.

(17) Al respecto, como ejemplo, HEFENDEHL (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?,* 2010; PUSCHKE, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen,* 2017, 10 y ss.; y *passim; cfr.* también SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts,* 2003.

(18) *Cfr.*, al respecto, el actual Proyecto del BMJV zur Einführung eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität en la versión reducida en https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/unternehmen-sanktionsrecht-gesetz-referentenentwurf-bmjv-kriminalitaet (visitado por última vez el 16 de octubre de 2019).

(19) *Cfr.* la crítica de SCHÜNEMANN en StraFo 2018, 317 y ss. así como supra en nota 15.

(20) *Cfr.* § 130 I 2 OWiG; crítico respecto de la teoría del aumento del riesgo en el § 130 OWiG, MARSCHKE, *Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen,* 1997, 90 y ss.

(21) En otros Estados juega también la indemnización de daños y perjuicios punitiva *(punitive damages)* un rol importante, que bajo el título del Derecho civil impone sanciones de carácter penal, lo que no es más ya un cambio de etiquetas; *cfr.* de la discusión en Alemania al respecto MÖRDORF-SCHULTE, *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages,* 1999, 60 y ss.; MÜLLER, *Punitive damages un deutsches Schadensersatzrecht,* 2000.

En resumidas cuentas: aquí se manifiestan estas erosiones dogmáticas cuando, por ejemplo, pensamos en el clásico concepto del dominio del hecho en el sentido de un dominio de control (*Steuerungsherrschaft*) o en el concepto de la culpabilidad en tanto reprochabilidad personal como los puntos de inicio de una dogmática jurídico-penal que habla un lenguaje claro. Los límites del Derecho penal y de otras materias jurídicas se difuminan o ya no se entienden como esenciales. El Derecho penal, con otras palabras, degenera en un instrumento de control que ni siquiera resulta idóneo (22) para su propósito.

III. NUEVOS DESARROLLOS DOGMÁTICOS-ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

1. **Omisión y *compliance***

Solo a primera vista parece sorprendente que la dogmática de la omisión haya experimentado un auge, en los últimos años, como instrumento para la lucha de la criminalidad económica. Motor fue y es el llamado complejo de los *compliance*, que proveniente de los Estados Unidos de América ha inundado, ya, el mundo entero. También en Alemania existe una propia industria del *compliance* altamente lucrativa en la que la abogacía, el sector privado y también instituciones de enseñanza han funcionado recíprocamente como catalizadores (23).

El nexo entre la responsabilidad por omisión y el concepto del *corporate compliance* radica en que los mecanismos de cumplimiento normativo que se establecen en las empresas deben comprobarse o vigilarse. Los defectos en ese sentido suelen llevar a una responsabilidad por omisión, que ya se ha hecho conocida bajo el término clave responsabilidad del empresario (*Geschäftsherrenhaftung*) (24), aunque este concepto es doblemente equívoco: por una parte, aunque también en el Derecho penal utilizamos el concepto de responsabilidad (*Haftung*), es

(22) Al respecto P.-A. ALBRECHT, *Kriminologie*, 52 y ss.; SIMPSON, *Corporate Crime, Law, and Social Control,* 2002, 26 y ss.

(23) Téngase sólo en cuenta el aumento brusco de publicaciones sobre el tema *compliance*. Existe, también, entre tanto, una notable cantidad de revistas «especializadas» a ese respecto; *cfr.* sobre el «tema de moda» *compliance* también las referencias que hay en BOCK, *Criminal Compliance,* 2. Aufl., 2013, 2 y ss.

(24) *Cfr.*, al respecto, BGHSt 57, 42 y ss.; BGH NStZ 2018, 648 (nota 22), 317 y ss. con más referencias; BÜLTE, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht,* 2015, pp. 127 y ss.; NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance,* 2018, 55 y ss.; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung,* 2016, 33 y ss.

significativo que el concepto se encuentra más cómodo en el Derecho de obligaciones (25), lo que implica dotar de distintos contenidos al concepto: por ejemplo, que una compañía de seguros sea civilmente responsable no supone una relación solo con un comportamiento objetiva y subjetivamente imputable, sino también con la configuración del contrato, a disposición de las partes. Así, el concepto de responsabilidad se utiliza tanto en el contexto de una responsabilidad objetiva como en el contexto de una subjetiva y, además, independientemente de que se trate de una responsabilidad subjetiva por culpa propia o que se impute culpa ajena (26). Por tanto, de responsabilidad se habla solo *porque* el deudor debe responder por algo. Por otra parte, el concepto es equívoco, no se trata primordialmente de los empresarios, sino en primera línea de una suerte de campo intermedio llamado a controlar y, en todo caso, también a exonerar parcialmente a la dirección de la empresa. En este campo actúan los habitualmente conocidos como *compliance officers* (27), que se supone que derivan su posición de garante de la del empresario (28).

2. **Adelantamiento de la punibilidad y *compliance***

La implantación de un sistema de *compliance* en la empresa se desplaza, en relación con las tendencias de ampliación del Derecho penal, a un difuso estadio previo. Cuanto antes se aplique el Derecho penal en la lucha contra lesiones difusas de bienes jurídicos, más grande será la predisposición a adoptar tempranas medidas de autoprotección (29). De esa manera, el sistema de *compliance* se interpreta como un escudo frente a la responsabilidad penal.

---

(25) Allí entendido como el «sometimiento del deudor como persona con su patrimonio –no la persona misma– a la pretensión de ejecución del acreedor», así Köbler, *Etymologisches Rechtswörterbuch,* 1995, 176; *cfr.* también MüKo-BGB/Ernst, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, Einl. SchuldR ap. 33: «La circunstancia de que la obligación se ejecuta a costa del patrimonio del deudor se nombra, también, como responsabilidad». En razón de ello, el concepto de responsabilidad es importante en la ejecución forzosa y en los derechos reales de explotación o realización, *cfr.* MüKo-VVG/Littbarski, Bd. 2, 2. Aufl. 2017, Vormeberkung zu §§ 10 bis 112 ap. 86; El mismo, AHB, *Kommentar*, 2001, Vorbemerkungen ap 6; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, Einleitung vor § 241 ap. 10 y s.

(26) MüKo-VVG/Littbarski, Vorbemerkung zu §§ 100 bis 112 ap. 87; el mismo, AHB, Vorbemerkungen ap. 7.

(27) *Cfr.* respecto de su responsabilidad penal BGHSt 54, 44, 49 y s.; Bottmann, en: Park (Hrsg.), *Kapitalmarktstrafrecht*, 5. Aufl., 2019, Kap. 2.1 ap. 74 y ss.; Warneke NStZ 2010, 312 y ss.

(28) Respecto de los modelos de derivación, en detalle, Noll (nota 23), 235 y ss.

(29) Rotsch ZStW 125 (2013), 481, 495.

3. **Análisis**

3.1 Dogmática de la omisión

Antes de dedicarnos a la pregunta sobre cómo debe valorarse, desde la perspectiva de la teoría social, este desplazamiento del foco desde una responsabilidad por comisión a una por omisión, deben ser sometidos los delitos de omisión, primero, a un breve análisis dogmático. En los delitos de omisión se aprecia, desde hace muchas décadas, que la razón material de la posición de garante queda, normalmente, en la oscuridad y que la ordenación puramente categorial en el grupo de los llamados garantes de protección o en el grupo de los llamados garantes de vigilancia no cambia, naturalmente, nada (30). También el *BGH* ha comenzado, entre tanto, a reflexionar al respecto y ha puesto de relieve que la adscripción a una u otra categoría no debe sobrevalorarse. Se trataría, más bien, de atender al ámbito de responsabilidad que haya asumido el obligado (31). Este se restringiría –según las últimas aseveraciones del *BGH*– a evitar, en un inicio, delitos *relacionados con la actividad empresarial*, que muestren una relación interna con la actividad empresarial del autor o con el tipo de empresa (32).

Pero la atención puesta en los llamados delitos relacionados con la actividad de la empresa (33) no es suficiente, en absoluto, para disipar o para reducir las objeciones que se plantean contra esta nueva ampliación de la responsabilidad por omisión. Esta teoría, solo coherente a primera vista, me parece que tiene que ver con una suerte de idea de justicia y, en concreto, con la siguiente idea: el que

(30) *Cfr.* Schünemann ZStW 96 (1984), 287, 305; el mismo GA 1985, 341, 375; Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 6. Aufl, 2011, § 13 ap. 15; sobre el «dominio sobre la razón del resultado» como fundamento material para la equiparación entre acción y omisión Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte,* 1971, 229 y ss.

(31) BGHSt 57, 42 y ss.

(32) BGHSt 57, 42, 45 y s.; BGH NStZ 2018, 648.

(33) También en la literatura se defiende la limitación respecto de los delitos relacionados con la actividad empresarial, aunque el criterio se concrete parcialmente de otra manera. Bülte NZWiSt 2017, 176, 179 distingue entre delitos inmediatamente relacionados con la actividad empresarial, en los que el peligro de comisión es típico para un concreta actividad empresarial y los delitos mediatamente relacionados con la actividad empresarial, respecto de los cuales la relación con la actividad empresarial se produciría con la lesión de deberes empresariales de vigilancia. NK-WSS/ Burchard, 2017, § 13 ap. 34 restringe la relación con la actividad empresarial a aquellos delitos en los que se existen problemas típicos en el Derecho penal económico de persecución del delito o de comunicación de las normas; en resumen respecto de las distintas opiniones Noll (nota 23), p. 66 y s. con más referencias.

emprende y contrata trabajadores crea un elevado riesgo de comisión de delitos, por lo que –en contraprestación– debe asumir la responsabilidad jurídico-penal. (34) Pero justamente este es el error de la posición de garante por injerencia, en la que de un comportamiento anterior –en este caso, incluso, contrario a las obligaciones empresariales– se derivan consecuencias para una posición de dominio actual. Aquí se da un ya superado pensamiento causal-monístico del siglo XIX (35), que repite la simplificadora perspectiva criticada antes.

Lo que aquí no funciona no puede tampoco pretender regir para un comportamiento anterior conforme a Derecho: la contratación de empleados (36). Un resultado tal viene asegurado por los principios de *autonomía* o de *responsabilidad individual* que, en los principios de la imputación objetiva, quiebran la imputación (37), pues la responsabilidad individual del trabajador crea normalmente (38) una barrera normativa que se opone a la responsabilidad por omisión del titular de la empresa por los delitos cometidos por su empleado (39). La persona que actúa autónomamente no es *per se* una fuente de peligro (40) y la empresa no es una «organización criminal» bajo sospecha general. Esto se correspondería con una desoladora imagen de la persona y, además, sería contrario a la presunción de inocencia (41). También aquí sucede –como antes– la desaparición de los elementos de la imputación objetiva.

---

(34) NK-StGB/Gaede, § 13 ap. 53; *cfr.* también Bock (nota 22), p. 320 con más referencias.

(35) Schünemann ZStW 96 (1984), 287, 308 y siguiente; el mismo, GA 1974, 231, 232.

(36) *Cfr.* Bock (nota 22), p. 326.

(37) *Cfr.* LK/Weigend, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 ap. 56; Bock (nota 22), 325 y ss. con más referencias; respecto de las implicaciones de principio de la responsabilidad individual en las cuestiones de imputación Roxin (nota 4), § 11 ap. 106 y ss.; LPK/Kindhäuser, 7. Aufl., 2017, Vor § 13 ap. 118 y ss. El argumento esgrimido contra la interrupción de la imputación, también hecho valer respecto de la autoría mediata por dominio de la organización, consistente en que de aquella manera no se atribuiría ninguna eficacia limitadora al principio de autonomía (Rotsch, en: El mismo [Hrsg.], *Criminal Compliance,* 2015, § 4 ap. 10) confirma, más bien, el enfoque que aquí existe, pues el principio del dominio del hecho desplaza excepcionalmente el principio de autonomía (*cfr.* epígrafe 1.).

(38) Respecto de las limitaciones al principio de autonomía Noll (nota 23), 110 y ss. con más referencias así como, ahora mismo, en el texto.

(39) LK/Weigend, § 13 ap. 56.

(40) Una perspectiva tal tiene su legítimo lugar en cuanto a la responsabilidad por peligros provenientes de cosas, que presenta de nuevo solapamientos con la llamada responsabilidad del empresario; al respecto Noll (nota 23), 49 y ss.

(41) *Cfr.* Rosenau, reproducido en Abo Youssef/Godenzi ZStW 125 (2013), 659, 667: «Pues cuando se tratara en Criminal Compliance de evitar el nacimiento de una sospecha de comisión de un delito, entonces se estaría observando toda empresa, primero, como una "organización criminal", que se encontraría bajo una "sospecha

Una excepción homogénea y justificada en el sistema, en el sentido de aceptar una posición de garante por injerencia o por ser titular de la empresa, es pensable, únicamente, en los supuestos en que existe una posición de dominio creada por un comportamiento anterior y que todavía subsiste. En el caso de injerencia existe una posición de dominio, que aparece en la forma del dominio por la parcial falta de independencia de la víctima del delito cuando, por ejemplo, un consumidor puede confiar en la supervisión del producto por el productor y, en su caso, sobre las informaciones que este provee respecto de riesgos y defectos (42). En una empresa, por el contrario, es posible advertir una posición de dominio cuando el empleador dispone de más información que sus empleados o cuando, frente a ellos, tiene derecho de darles órdenes (43). Un estado tal de información debe darse por razones estructurales y restringe, de esa manera y con justicia, la posición de dominio a aquellas jerarquías en que las informaciones llegan regularmente a los empleados.

3.2 Tendencias al adelantamiento de la punibilidad

La tesis que propone la existencia de una relación entre las tendencias al adelantamiento de la punibilidad y el establecimiento de un sistema de *compliance* exige explicación: no existe, lamentablemente, ninguna duda de esas tendencias expansionistas del Derecho penal en el citado difuso estadio previo. Para el contexto del *compliance* solo es relevante, sin embargo, un sector de estos delitos: aquellos tipos penales que normalmente suelen realizarse desde una empresa. De esta manera decaen los ejemplos principales para este adelantamiento de la punibilidad, que son los § 89a y § 89b StGB o los tipos de organización criminal de los §§ 129 y ss. StGB. Pero quedan, sin embargo, normas como los varias veces ampliados §§ 299 y ss. StGB o los tipos penales del Derecho penal económico que, de la misma manera, pretenden la protección de bienes jurídicos colectivos

---

general" de la que se debería liberar. Esto contravendría la presunción de inocencia». De la misma manera Bock (nota 22), p. 226: «Las obligaciones de la organización son siempre solo secundarias, pues afectan solo al ámbito previo de la propia norma (penal). Pero estas acciones que suceden en esos campos preliminares son *prima facie* permitidas, pero también riesgosas. […] Se está perfilando una tendencia al control y la vigilancia de individuos maduros».

(42) Schünemann, FG BGH, Bd. IV, p. 621, 640 y siguiente.

(43) Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht,* 1979, p. 102; respecto del principio de dominio y su posterior concreción en este contexto, Blassl, *Zur Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten*, 2017, 349 y ss.; Noll (nota 23), pp. 156 y ss.

dispares, lo que se corresponde con esas tendencias de adelantamiento de la punibilidad.

Desde una perspectiva empírica, sin embargo, estos tipos penales no parecen amenazantes. De tal manera, el Derecho penal no puede entenderse como el motor decisivo para el establecimiento de sistemas de *compliance* (44).

4. **Interpretación**

Mientras que, hasta ahora, el análisis del Derecho penal de la vigilancia ha sido más bien dogmático, existen también otros modelos explicativos de cálculo económico de oportunidades para explicar la construcción de estructuras de *compliance* con el establecimiento de un *compliance officer*. Se deben al ambiguo concepto de «vigilancia», que ni siquiera se encuentra en casa en el Derecho penal.

Que la imagen de una superficialmente bien organizada empresa sea económicamente rentable no se ha acreditado nunca empíricamente (45). En todo caso, esto desplaza el centro de atención de la dirección de la empresa al campo intermedio (46), a pesar de que el director de la empresa no pueda quedar totalmente liberado de responsabilidad. Siempre restan, pues, las obligaciones de una elección razonable de los trabajadores y de vigilarlos (47). Además, las estructuras de *compliance* abren unas muy novedosas posibilidades de controlar a los trabajadores que superficialmente están al servicio de la evitación de la criminalidad, pero que en realidad están dirigidas a maximizar los beneficios (48).

Desde la perspectiva del Estado el sistema de *compliance* está vinculado, en el proceso penal por delitos económicos, a incalculables ventajas porque la aclaración de los hechos y los costes vinculados a

(44) Respecto de los Estados Unidos de América, con base en el argumento del *rational choice,* se hace referencia al «modelo de bonificación» previsto en las US Sentencing Guidelines (= reducción de la sanción si se aplican medidas de *compliance*) como un argumento que favorecería la implementación de sistemas de *compliance*.

(45) HEFENDEHL JZ 2006, 119, 123 y s.

(46) *Cfr.* PRITTWITZ, en: KUHLEN/KUDLICH/ORTIZ DE URBINA (Hrsg.), *Compliance und Strafrecht,* 2013, p. 125, 134.

(47) NOLL (nota 23), p. 163.

(48) También ROTSCH, en: EL MISMO (nota 36), § 1 ap. 45, 70, § 2 ap. 20 menciona el fin de la maximización de las ganancias, aunque en el contexto de la evitación de daños reputacionales.

ella se cargan a la empresa y los resultados de las investigaciones internas pueden ser incautados (49).

Además de esto, los derechos procesales del investigado no se tienen en cuenta en una investigación de tal manera privatizada (50): el empleado está obligado de un modo muy amplio y civilmente a proveer información a su empresa, mientras que en el proceso penal podría invocar el derecho a no autoincriminarse (51).

IV. PANORÁMICA DE LAS TENDENCIAS ACTUALES DE LA ARQUITECTURA DEL DERECHO PENAL EN UNA TEORÍA DEL DERECHO PENAL TRANSFORMADA

1. **Tendencias actuales de la arquitectura del Derecho penal**

Esta nueva *punibilidad de la vigilancia*, como me gustaría nombrarla, encuentra su compañero natural en los extremadamente adelantados tipos penales que, más que a la intervención fáctica, apuntan a efectos preventivos (52). Como ejemplos de ello pueden nombrarse los tipos consistentes en la creación de organizaciones criminales o terroristas o el tipo de preparación de un acto grave de

(49) Sobre la limitada importancia de la prohibición de incautación en este ámbito, CFR BVerfG NJW 2018, 2385, 2387, 2391; LG Hamburg NZWiSt 2012, 26, 27; GRONKE, Verfahrensfairness in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen, 2018, 383 y ss.; esto permanecería de la misma manera en el Proyecto del BMJV (nota 17) (*cfr.* https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/unternehmen-sanktionsrecht-gesetz-referentenentwurf-bmjv-kriminalitaet [visitado por última vez el 16 de octubre de 2019]).

(50) ROTSCH, en: ACHENBACH/RANSIEK/RÖNNAU (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2019, Teil 1 Kap. 4 ap. 34; advirtiendo sobre los peligros relacionados con ello GREEVE, StraFO 2013, 89 y ss.; HEFENDEHL, ZStW 119 (2007), 816, 844; WASTL ZRP 2001, 57 y siguiente; ZERBES ZStW 125 (2013), 551, 571 y siguiente.

(51) *Cfr.* al respecto y sobre las posibilidades de solución GRECO/CARACAS NStZ 2015, 7 y ss: GRONKE (nota 48), 309 y ss.; THEILE StV 2011, 381 y ss. El tímido reconocimiento de una prohibición de valoración de la prueba entiende ZERBES ZStW 125 (2013), 551, 569 que está justificado, con razón, solo en los supuestos de afectaciones de particulares, pero no en los supuestos en que las investigaciones de los particulares ocupan el lugar de las investigaciones estatales.

(52) PUSCHKE, en: Hefendehl (nota 16), p. 9, 24 y ss.; EL MISMO (nota 16), 61 y ss., 221 y ss.; EL MISMO, en: LANGE/WENDEKAMM (Hrsg.), *Die Verwaltung der Sicherheit*, 2018, pp. 215, 218 y ss.; el mismo KriPoZ 2018, 101 y ss.; SIEBER, en: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege,* 2016, 351, 355 y ss.; el mismo NStZ 2009, 353 y ss.

violencia que ponga en peligro al Estado (53). De la misma manera se pueden contar aquellos tipos del Derecho penal económico que, por razones de eficiencia, han sido habitualmente despojados del requisito del resultado en forma de un perjuicio económico.

Aun cuando estos tipos penales, como ya se ha dicho, solo juegan un rol subordinado en el contexto actual, deben ser tenidos en cuenta en el análisis, pues ofrecen similitudes estructurales con el Derecho penal de la vigilancia.

Para ambos sectores del Derecho penal hay que revelar un interesante paralelo con la criminología, que desde hace largo tiempo se ha tenido que ocupar cada vez más de la llamada prevención situativa o técnica (54). Una prevención tal renuncia a la producción de efectos negativos o positivos en forma de intimidación o estabilización de la norma en la decisión humana, sino que apunta a barreras duras e infranqueables (55). Un ejemplo de esto es el aislamiento de los barrios cerrados por servicios de seguridad, que solo dejan acceder a los visitantes registrados.

2. **Tendencias actuales de la teoría del Derecho penal**

Los cambios en la teoría de la pena se pueden caracterizar, en las palabras de *Bernd Schünemann*, como sigue: mientras que por más de 200 años el paradigma de *Feuerbach* del Derecho penal ha pretendido, a grandes rasgos, regir basándose en una eficacia preventivo-general negativa y aceptando, en contraposición, la amplia libertad del individuo (56), las tendencias economicistas y los métodos del Estado vigilante han convertido una imagen tal de la persona en poco convincente (57).

Podemos trazar ambos aspectos, la economización y la vigilancia, en los mencionados campos del Derecho penal económico y de la llamada punibilidad de la vigilancia: así, el intento de calificar a la empresa misma como sujeto del Derecho penal se legitima también a través del aumento de los costes y, por tanto, a través de un modelo de

(53) Al respecto, Puschke, en: Hefendehl (nota 16), p. 9, 27; Zöller GA 2010, 607, 614 y ss.; Helm StV 2006, 719 y ss.

(54) Al respecto, *cfr.* Clarke, en: Tonry/Farrington (Hrsg.), *Building a Safer Society, Strategic Approaches to Crime Prevention, Crime and Justice: A Review of Research,* Vol. 19, 1996, 91 y ss.; Hassemer StV 1995, 483, 489 y ss.

(55) Al respecto, *cfr.* Hefendehl NJ 2004, 494, 495 y s.

(56) Schünemann ZIS 2011, 1, 17; el mismo GA 2013, 193, 196.

(57) Schünemann, reproducido en Abo Youseff/Godenzi ZStW 125 (2013), 659, 670.

rational choice (58). Paralelamente se emprende el intento de legitimar la responsabilidad penal de las personas jurídicas trayendo a colación nuevas teorías retributivas de la pena provenientes de Estados Unidos de América. No se trataría, a ese respecto, más de lograr fines preventivos, sino de una compensación del injusto realizado como reverso de la libertad. Justamente esta desalineación tendría –según *Kubiciel*– su encanto. Las personas jurídicas se habrían convertido en nuestra vida social y económica en destinatarias demasiado importantes de la libertad social. La sociedad actual se habría acostumbrado ya a asignar responsabilidad a las empresas por los delitos relacionados con su actividad (59).

Al margen de las objeciones generales contra la teoría retributiva de la pena en el Estado constitucional, estas aseveraciones se desenmascaran prácticamente solas: la búsqueda de una justificación para la necesidad social de la pena no se puede dar por conseguida ni a través de una presupuesta acomodación ni tampoco por el encanto de una inacatabilidad definitoria (60).

En la filosofía de la punibilidad de la vigilancia el ciudadano se ha convertido en una fuente de peligro que ocupa un cierto espacio y que debe vigilarse, en una bomba de relojería que debe desactivarse lo antes posible por seguridad (61). Nombrar una teoría individual a este respecto es complejo. Se trata, más bien, de un estado de falta de teoría basada en hechos. El precio a pagar por un estado tal es alto: la persona pierde su *status* como alguien en quien se puede confiar. Lo contrario es, más bien, el caso. Quien reúne las características de un determinado cuadro de riesgo puede entrar en el desproporcionadamente grande grupo de los llamados *false positives*. Pertenece a este grupo aquellos que no solo serán etiquetados desde una extrema idea de seguridad o exclusión, sino que serán reprochados con sanciones: a la persona se le impedirá el acceso a determinado espacio o se le reprochará incluso penalmente cuando se ocupe de cosas que también puedan interesar a grupos terroristas como, por ejemplo, el aprendizaje del árabe (62). Aquí también se interpreta a la persona, de nuevo,

(58) *Cfr.* Kölbel MschrKrim 91 (2008), 22, 29.

(59) Kubiciel ZRP 2014, 133, 136.

(60) Schünemann StraFo 2018, 317, 320.

(61) Respecto de la reconstrucción sistemática de la arquitectura de la seguridad en Alemania desde el 11 de septiembre de 2001 en el Derecho de policía y en el Derecho penal Petri, en: Lisken/Denninger (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 6. Aufl., 2018, A. ap 139 y ss.; también las referencias en Schünemann GA 2013, 193, 196 nota 15, 16.

(62) *Cfr.* respecto del demasiado ampliamente redactado tenor del § 89a II Nr. 1 StGB, en el que se puede subsumir también la participación en un curso de

como un foco de peligro, aunque no ha abandonado el espacio de lo adecuado socialmente. Una vez más se confunden las categorías de la imputación y de la atribución.

Podemos, de tal manera, concluir que la pérdida de precisión dogmática en cuanto a cuestiones de imputación y en cuanto a la fundamentación de la punibilidad por omisión está vinculada con una pérdida dramática de fundamento de teoría jurídico-penal. Es de temer que ambos componentes se condicionen y se refuercen recíprocamente.

V. PANORÁMICA DE LA PUNIBILIDAD DE LA VIGILANCIA EN UNA TEORÍA SOCIAL TRANSFORMADA

1. **Características de la sociedad de la seguridad**

Ya desde hace mucho observamos, desde la perspectiva de la teoría social, una mutación de nuestra sociedad en una acertadamente llamada *sociedad de la seguridad* [*Sicherheitsgesellschaft* (63)]. Pero antes de que precipitadamente revelemos paralelos –por una parte, el Derecho penal de la vigilancia y, por la otra parte, una sociedad de la seguridad– debemos precisar, primero, el concepto de sociedad de la seguridad, pues no se trata de ninguna manera de que el Estado sea el único actor y que la sociedad se quiera hacer más segura desde arriba. Al contrario, también los particulares, aunque a primera vista sea sorprendente, toman parte en la producción de seguridad (64). Aquí no está en el trasfondo la protección frente a distorsiones en el funcionamiento de la sociedad o frente a comportamientos extraviados. Más bien se trata, en primera línea, del «establecimiento de eficaces mecanismos intrasociales que producen inclusión y exclusión» (65).

El sociólogo *Groenemeyer* revela, para la sociedad de la seguridad, entre otras, las siguientes líneas de desarrollo: se ha infiltrado en la vida cotidiana, ya, el sentimiento de una amenaza general de violencia y criminalidad y esto impregna el comportamiento de los integrantes

---

idiomas, Gazeas/Grosse-Wilde/Kiessling NStZ 2009, 539, 597 y s. así como BeckOK-StGB/v. *Heintschel-Heinegg,* 43. Ed. (a fecha: 1.8.2019), § 89a ap. 15 y s.

(63) *Cfr.*, al respecto, Singelstein/Stolle, *Die Sicherheitsgesellschaft,* 3. Aufl., 2012; P.-A. Albrecht, *der Weg in die Sicherheitsgesellschaft,* 2010; Groenemeyer (Hrsg.), *Wege Der Sicherheitsgesellschaft,* 2010; Hefendehl, MSchrKrim 96 (2013), 226 y ss.

(64) Virchow, en: Butterwegge/Lösch/Ptak (Hrsg.), *Neoliberalismus*, 2008, pp. 224 y ss.

(65) Legnaro Leviathan 25 (1997), 271, 272.

de la sociedad tanto en el campo público como privado y también más allá de situaciones inmediatas de peligro. De esta manera se produce una instrumentalización de la amenaza, a la que uno reaccionaría con la producción de seguridad, un campo que cada vez más está siendo ocupado por particulares (66).

Wacquant desvincula todavía más el punitivismo y ve, en él, una reacción estratégicamente conducida a temores sociales mayores. La política criminal se convertiría, así, en un sustituto barato de prestaciones sociales inexistentes o frágiles (67).

Justamente una perspectiva tal coincide con los resultados empíricos de las investigaciones sobre el miedo. Así, la «tesis de la generalización» interpreta el miedo a la criminalidad como una inseguridad general y difusa (68). La inseguridad tiene sus causas en los desarrollos sociales generales y estructurales como la globalización, la migración mundial, las crisis financieras o los problemas medioambientales. El miedo a la criminalidad no debe separarse de otras formas de inseguridad, sino que está vinculado a aquellas. Según la tesis de la generalización la criminalidad es percibida como una suerte de espacio de proyección, en el que los miedos generales de la vida y el futuro se hacen más aprehensibles. En favor de esta tesis hablan, por ejemplo, las averiguaciones sobre la distribución del miedo a la criminalidad, distinta en las diversas regiones de Alemania tras la reunificación (69).

También se puede acreditar empíricamente la llamada «tesis de la precarización», relacionada con la anterior, según la cual el miedo a la criminalidad es expresión de los miedos sociales al descenso social y a la toma de conciencia de riesgos existenciales (70). Según esta teoría, los grupos poblacionales más afectados por la precariedad social articulan un mayor miedo a la criminalidad que los círculos privilegiados. Si esta tesis fuera cierta, entonces la política de seguridad del Estado social debería operar como escudo de protección

(66) Groenemeyer, en: el mismo (nota 62), p. 7, 11 y ss.

(67) Wacquant, Bestrafen der Armen, 2. Aufl., 2013, 23 y ss. y *passim*; *cfr.* también *el mismo* PROKLA 2008, 399, 401 y ss.; Kannakulam PROKLA 2008, 413, 420 y ss.

(68) Feltes NK 31 (2019), 3 y ss.; Hiternelehner, JRP 17 (2009), 13, 19 y siguiente; Hirtenlehner/Hummelsheim-Doss/Sessar, en: Hermann/Pöge (Hrsg.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen,* 2017, 169 y ss.

(69) Reuband Soziale Probleme 3 (1992), 211, 215 y s.

(70) Hirtenlehner JRP 17 (2009), 13, 17 y ss.; *cfr.* respecto de la investigación empírica Hummelsheim/Hirtenlehner/Jackson/Oberwittler European Sociological Review 27 (2011), 327 y ss.

contra los delitos. Y justamente eso han acreditado las investigaciones empíricas (71).

Esta interpretación de la sociedad de la seguridad comporta, de ese modo, en distintas maneras un pensamiento economicista: la renuncia a una buena política social parece, de repente, explicable. De las posibles víctimas uno espera que «debieran actuar por sí mismas preventivamente y orientadas a la seguridad» (72).

2. **Paralelos con la estructura empresarial**

También esta interpretación de la sociedad de la seguridad en la que la idea de seguridad no es un dictado desde arriba, sino que está infiltrada o implementada en la sociedad y en sus miembros presenta reveladores paralelos con la situación en la empresa, pues también en este campo hemos visto cómo a través del *compliance* se han establecido mecanismos de autocontrol, que luego conducen a estructuras de vigilancia. En una creación de conceptos paralela podríamos hablar también de una llamada sociedad de la seguridad en sentido estricto, de una empresa de la seguridad (*Sicherheitsunternehmen*).

Al comienzo de mis reflexiones he presumido que el tratamiento penal de la delincuencia que proviene de la empresa estaría caracterizado cada vez más por meros procesos de atribución y que la dogmática jurídico-penal precisa perdería importancia. Justamente el intacto *hype* de *corporate governance* y *compliance* no ha conducido a la depuración de la empresa desde dentro, sino al establecimiento de estructuras de vigilancia. El *corporate governance* en la empresa y la descrita producción de seguridad por particulares van, a este respecto, de la mano. Se activan en ambos casos los mencionados eficaces mecanismos intrasociales o intraempresariales, que son en gran medida en sentido del Estado.

VI. SÍNTESIS DE LOS RESULTADOS

La imagen de una política criminal que se ajusta con cautela a la dogmática jurídico-penal no es, desde hace tiempo, más que un sueño ingenuo. La política criminal se ha convertido en parte de una general política de seguridad y, de esta manera, ha perdido sus cautelas

(71) Hiternlehner/Hummelsheim MschrKrim 94 (2001), 178, 192 y ss.
(72) Lindenberg/Schmidt-Semisch MschrKrim 83 (2000), 306, 308.

originarias consistentes en la limitación del Derecho penal. Esta política de seguridad es, por una parte, más pretenciosa por sus finalidades y, por otra parte, más reducida por sus presupuestos en contraste con un Derecho penal que imputa individualmente la responsabilidad y que protege bienes jurídicos. El limitante sistema de la imputación ha sido sustituido por el método de la atribución, para el que rigen otros mecanismos. La criminología ha provisto, para ello, el decisivo término clave. La citada atribución está, aquí, al servicio de la penalización ejemplarizante con la finalidad de estabilizar el sistema. No se trata, ahí, de una característica especial del Derecho penal económico sino que el Derecho penal económico mismo es un destacado representante de aquella concepción del Derecho penal.

Cuando la posición de garante se queda sin su fuerza limitadora del Derecho penal, cuando no existe más interés en una discusión relativa sobre las teorías de la pena y cuando el Derecho penal pierde la seriedad de ser el último medio, entonces se convierte en un deseado instrumento de la vigilancia y del control dentro de la empresa. Bajo estas circunstancias la dogmática jurídico-penal conducida con responsabilidad se convierte, de hecho, en un juego de abalorios. No, por ejemplo, en el sentido en el que constantemente se utiliza con una sonrisa irónica, como un inofensivo jugueteo con conceptos y teorías, sino en el frustrante sentido de que los poderosos no están más dispuestos a seguir diferenciaciones cuando llevan a resultados inoportunos.

El principio de flexibilidad: naturaleza jurídica y procedimiento de concesión. La enfermedad mental como caso tipo de aplicación (1)

PUERTO SOLAR CALVO
Prof. Asociada de Derecho Penal y Criminología. UNED. Jurista de II.PP

RESUMEN

El principio de flexibilidad tiene mucha utilidad en el medio penitenciario. Sin embargo, justamente su uso excesivo –convirtiéndose a veces en un tercer grado encubierto–, y su aplicación en determinados casos mediáticos, ha hecho que doctrina y práctica judicial se replanteen algunos aspectos de su regulación y procedimiento de concesión. El presente trabajo repasa brevemente lo que el artículo 100.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante RP) supone desde el punto de vista práctico, para centrarse posteriormente en la discusión surgida sobre su naturaleza. Expuesta situación y opinión, pasaremos a proponer algunos casos en los que creemos que el precepto podía ser especialmente utilizado, destacando el de la enfermedad mental en prisión.

Palabras clave: *Principio de flexibilidad, personas con enfermedad mental, prisión.*

ABSTRACT

The principle of flexibility is very useful in the penitentiary environment. However, precisely its excessive use –sometimes becoming a covert third degree– and its

(1) El trabajo se desarrolla dentro del Proyecto de la UCLM: «Enfermedad mental en prisión: desafío para la salud pública». SBPLY/23/180225/000124. Investigadores principales: Nicolás García Rivas y Cristina Rodríguez Yagüe. Duración: 01/05/2024-30/04/2027.

application in certain media cases, has caused judicial doctrine and practice to rethink some aspects of its regulation and granting procedure. This work briefly reviews what artículo 100.2 RP supposes from a practical point of view, to subsequently focus on the discussion that arose about its nature. Having explained the situation and opinion, we will go on proposing some cases in which we believe that the precept could be especially used, mainly in relation with mental illness in prison.

Key Words: *Principle of flexibility, people with mental illness, prison.*

SUMARIO: I. Breve presentación del artículo 100.2 RP.–II. Dudas de naturaleza y procedimiento. ¿Tratamiento o clasificación?–III. El hasta dónde desde el punto de vista del contenido.–IV. La aplicación a determinados grupos de población penitenciaria. La enfermedad mental como caso tipo. 1. Desmontando el ideal normativo o cómo es posible que personas con enfermedad mental estén en centros penitenciarios ordinarios. 2. La relevante STC 84/2018, de 16 de julio, en materia de enfermedad mental en prisión. Llamemos a las cosas por su nombre. 3. El necesario cambio de paradigma y el artículo 100.2 RP como solución intermedia.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. BREVE PRESENTACIÓN DEL ARTÍCULO 100.2 RP

Nuestro sistema de cumplimiento va más allá que sus antecesores al pautar los tiempos carcelarios haciéndolos depender principalmente de la evolución tratamental del interno. Es decir, permite situar al interno en prisión en lo que en los sistemas progresivos constituirían necesaria y solamente el último estadio de cumplimiento de la condena. Como ellos, nuestro sistema de individualización científica persigue la paulatina preparación a la vida en libertad de los internos, pero, a diferencia de estos, permite incluso la clasificación inicial del interno en lo que en los sistemas progresivos constituiría los últimos estadios de cumplimiento de la condena (2). Dicho de otro modo, el sistema no relaciona métodos de tratamiento y fases de cumplimiento, pues los métodos están en función del individuo y no de la fase en que se encuentre clasificado (3). Resultado de ello es lo dispuesto en el

(2) Para un análisis en profundidad sobre la evolución de los sistemas de cumplimiento, Solar Calvo, P., *El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, 2019, pp. 37-87.

(3) Montero Hernanz, T., «El tratamiento penitenciario», en De Vicente Martínez, R. (coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 180.

artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP) y más concretamente en sus apartados 3 y 4, que regula las claves de nuestro sistema penitenciario en los siguientes términos: «3. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de la libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden. 4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión». De esta manera, nada obsta para que un interno acceda directamente al tercer grado penitenciario tras meses mínimos de estancia y observación en la prisión. Conforme al artículo 104.3 RP no es necesario siquiera tener cumplida la cuarta parte de la condena para ello (4). Es decir, pesa mucho más conseguir el cambio del interno –limitado, no olvidemos, a que sea capaz de vivir conforme a la norma penal–, que el prolongar su estancia en prisión cuando ese efecto ya ha sido logrado. Ello aunque lo habitual sea que con anterioridad, disfrute de permisos penitenciarios durante un periodo en segundo grado o régimen ordinario. Del mismo modo, a pesar de lo que se pueda inferir del texto legal, no se exige un periodo específico de permanencia en tercer grado antes del disfrute de la libertad condicional (5). Todo ello, a pesar de la involución de la normativa penal de los últimos tiempos, especialmente con la introducción del periodo de seguridad como requisito de acceso al tercer grado (6).

Este planteamiento normativo alcanza su máximo exponente mediante el principio de flexibilidad, que supone la suavización del sistema y una fórmula válida para escapar a sus dogmatismos. En evidente contraste con una rígida división en diferentes regímenes o grados de clasificación, el principio de flexibilidad autoriza la

(4) En concreto: «Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado».

(5) *Vid.* Ríos Martín, J. C., Etxebarría Zarrabeitia, X., Pascual Rodríguez, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, p. 299. Profundiza en ello, Fernández Bermejo, D., «El sistema de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, n.º 35, 2015, pp. 126-137, que realiza un repaso de los preceptos configuradores de nuestro sistema.

(6) Sobre esta figura y las limitaciones que impone en el acceso al tercer grado, Cervelló Donderis, V., *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed., Valencia, 2022, pp. 222 y ss.

combinación de las notas características de los diferentes regímenes que conforman nuestro sistema de cumplimiento. De acuerdo con la filosofía adaptativa que lo preside, este principio convierte la propia evolución del interno y la individualización del cumplimiento, en los rasgos principales del modo de cumplimiento de la pena privativa de libertad. En este sentido, el artículo 100.2 RP determina que: «No obstante, con el fin de hacer el modelo de ejecución más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad» (7).

Se trata de un precepto de gran utilidad en los dos sentidos de la escala de clasificación, pero con la misma finalidad de no restringir la libertad de los internos más allá de lo que sea necesario y proporcional, considerando su evolución tratamental y las limitaciones regimentales asimiladas al grado que, sin la aplicación de este principio, les correspondería. Por un lado, permite que internos normalizados, respecto de los que los fines de prevención especial estén plenamente satisfechos, puedan cumplir parte de la condena en segundo grado flexible cuando factores ligados a la prevención general (como el tiempo restante de cumplimiento de condena) desaconsejan su acceso

(7) Sobre el principio y las peculiaridades del régimen que establece, González Campo, E., «El principio de flexibilidad en la ejecución penal», *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, n. 4, 2003, pp. 403-432; Fernández Bermejo, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, pp. 138-144; Fernández Arévalo, L., Nistal Burón, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 616-619; Rodríguez Yagüe, C., *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, Reus, 2021, pp. 441- 501; Cervello Donderis, V., «El principio de flexibilidad penitenciaria», *RGDP*, n.º 36, 2021; Rodríguez Puerta, M. J., «El artículo 100.2 RP como expresión del sistema de individualización científica y del principio de flexibilidad: algunos datos sobre su aplicación», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 41, 2021, pp. 695-703; Laso Andrés, A., «Principio de flexibilidad y clasificación penitenciaria», en Mata y Martín, R. (Dir.), *La necesaria reforma penitenciaria*, Comares, Granada, 2021, pp. 77-94; Martínez Zandundo, I., «El principio de flexibilidad del artículo 100.2 RP: principios generales de aplicación y algunas particularidades en su aplicación», *Diario La Ley*, n.º 10.737, 2025.

al régimen de semilibertad pleno (8); o que internos con posibilidades de acceder al tercer grado pasen un periodo de prueba en un régimen asimilado más abierto que el ordinario a través de la programación de salidas periódicas en menor número que las que corresponderían al tercer grado (9). Por otro lado, evita la clasificación en primer grado,

(8) Tal y como señala el AJVP Ciudad Real de 17.05.05: «Esta Juzgadora conserva el escrúpulo de si la finalidad retributiva de la pena así como la de prevención general, también necesarias, se han cumplido mismamente dada la escasa fracción de la misma cumplida en régimen ordinario, por ello se mantendrá al interno en segundo grado de clasificación en un régimen cercano al tercer grado (...). Lo que permitirá lograr que la función de reinserción de la pena se alcance en un grado mínimo pero suficiente para mantener la integración familiar y laboral del interno y puesto que la pena continúa (aunque se cumpla en condiciones menos penosas) igualmente se cumplirán los efectos retributivos y de prevención que le son propios». En el mismo sentido, el AJVP Ocaña de 14.07.05: «Teniendo en cuenta las variables de duración de la pena impuesta en relación con el tiempo efectivo de estancia en prisión y la entidad del hecho delictivo, procedería mantener al interno en segundo grado. Sin embargo no pueden ignorarse otras variables concurrentes en el interno (...) En el presente caso, la mejor forma de cohonestar y hacer compatibles las diversas funciones que la pena está llamada a cumplir (retributiva, preventiva y resocializadora) sin optar por una solución que potencie las dos primeras (retribución, prevención) en detrimento de la tercera (resocialización), como sería la de su continuidad en 2.º grado, ni por la del 3.º grado, artículo 83 RP, que daría preferencia a esta última y vaciaría prácticamente de contenido a aquellas otras, es acudir al mecanismo jurídico previsto en el artículo 100 RP que permite adoptar un modelo flexible en la ejecución de la pena que combine aspectos característicos de dos grados. En el presente caso, se mantendrá clasificado al interno en el 2.º grado de tratamiento a fin de que la finalidad retributiva y preventiva de la pena, también necesaria, pueda alcanzarse de manera suficiente, dada la relativamente corta fracción de la pena cumplida en régimen ordinario». Resoluciones disponibles en *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*, DG. II. PP., Madrid, 2006, pp. 118-120 y 121-124, respectivamente, que recogen un criterio reiterado en los AAJVP de Tenerife de 24.04.06 y 06.10.06, el AJVP de Salamanca de 24.02.12, el AAP de Madrid Secc. 5.ª de 21.02.12 y el AJVP de Cantabria de 15.06.17.

(9) Ejemplo de la aplicación del principio de flexibilidad para conseguir un segundo grado asimilado al tercero o un segundo grado flexible, el AAP Madrid, Secc. 5.ª de 21.02.12: «El acceso a la semilibertad que el tercer grado implica no resulta suficientemente indicado a pesar de estas circunstancias positivas de la trayectoria del recurrente, a la vista de la fracción de la pena aún pendiente de cumplimiento. El interno ha sido condenado por un delito que la Ley juzga grave y se hace necesario asegurarse de que es nuevamente merecedor de la confianza característica de la clasificación en tercer grado, permitir que cumpla sus fines la ejecución de la pena privativa de libertad, en evitación de la reincidencia, y procediendo gradualmente. Con esta finalidad se instaurará para el interno, al amparo del principio de flexibilidad que inspira el tratamiento penitenciario, un régimen mixto (artículo 100.2 RP) que combinará su permanencia en segundo grado con la autorización de hasta cuarenta y ocho días de permiso al año y la salida de permiso todos los fines de semana, hasta su progresión al tercer grado pleno, al que accederá, sin resolución

si los motivos que justifican una restricción del régimen ordinario se contrarrestan con limitaciones parciales del mismo, menores que las que por sí solo conlleva el régimen cerrado (10). Es decir, se trata de una posibilidad intermedia, que, en caso de concurrir conjuntamente factores favorables y desfavorables en un interno para su clasificación en tercer grado, evita su clasificación pura en segundo grado. A la vez que, de darse motivos para la aplicación del régimen cerrado, evita la aplicación del mismo en bloque si el interno tiene capacidad para vivir en un régimen ordinario restringido o primer grado flexible.

Sin embargo, el artículo 100.2 RP no ha estado exento de críticas, pues incluye por vía reglamentaria un importante matiz en la forma de cumplimiento, no prevista en la LOGP. De ahí que sea acuerdo consolidado de los JJVP: «Instar la reforma legislativa en el sentido de que el principio de flexibilidad, y en especial el actual artículo 100.2 RP, sea regulado por Ley Orgánica, debiéndose añadir al actual enunciado la necesidad de remitir al JVP en estos supuestos el expediente completo con todas las circunstancias penales y penitenciarias del penado y debidamente motivadas las razones por las que se pretende la aprobación de dicho régimen y no sólo el programa específico de tratamiento. En tanto la aplicación de este régimen no sea aprobada por el JVP, no debería ser provisionalmente ejecutivo (Acuerdo aprobado por unanimidad en la reunión de junio de 2006 y ratificado igualmente en la reunión de octubre

previa que lo acuerde, cuando se haya contrastado la existencia real de un trabajo en el exterior, de acuerdo con la oferta de trabajo que consta en la causa». En términos muy similares, el AJVP de Salamanca de 24.02.12: «(...) pero dado aún los pocos permisos disfrutados, se hace necesario que pase por un grado intermedio que viene regulado en el artículo 100.2 RP, de manera que, permaneciendo el penado en segundo grado gozará de las siguientes ventajas del tercer grado: podrá disfrutar hasta de cuarenta y ocho días de permiso al año, y podrá salir un fin de semana al mes, de viernes a lunes, para así tratar de conciliar su vida familiar, que la Junta de Tratamiento podrá cambiar por otros días de salida, si así lo aconseja el tratamiento, o para fines concretos, como para exámenes del carnet de conducir, para los que solicitó en su día permiso extraordinario que le fue denegado en su día, pudiendo, asimismo la Junta ampliar los fines de semana, si la evolución de la conducta del interno así lo precisara». Ambas resoluciones están disponibles en *Jurisprudencia Penitenciaria 2012*, SG. II. PP., Madrid, 2013, pp. 189-190 y 191-194, respectivamente.

(10) Cervelló Donderis, V., 2022, p. 216, se felicita de esta posibilidad y de su aplicación también en el sentido ascendente contrario. Es decir, para procurar la adaptación paulatina a otros regímenes de un interno en régimen cerrado, Así: «Entre estas posibilidades una muy adecuada es la transición del primer grado al segundo grado que en virtud de la aplicación del artículo 100.2 puede permitir a los internos, antes de la progresión, la participación en actividades comunes para facilitar la convivencia y la integración».

de 2007)» (11). En la práctica, el artículo 100.2 RP no supone más que la combinación de los grados de clasificación que la LOGP establece y sólo se aplica a favor de los internos, esto es, mejorando su régimen de cumplimiento, y con ello, su libertad de actuación. A diferencia del artículo 75 RP, que también implica innovación reglamentaria (12), el artículo 100.2 RP nunca supone medidas regimentales restrictivas más allá de las que conlleva la propia clasificación del interno. Por ello, entendemos que el artículo 100.2 RP respeta el principio de seguridad jurídica, pues no permite restricción alguna de derechos, sino únicamente la ampliación de estos por encima de lo que la determinada clasificación en grado habitualmente permite (13). No obstante, también abogamos por su anclaje legal, en tanto que estos criterios son simples soluciones adoptadas en la práctica que tamizan la confrontación normativa de la que la regulación del principio de flexibilidad parte. Como apunta Cervelló Donderis, la influencia que puede tener en la clasificación requiere una regulación más adecuada en la LOGP que, además, sería más garantista con las amplias posibilidades que contempla (14).

Para acabar con esta breve presentación, cabe mencionar que la ejecutividad inmediata de la aplicación del principio de flexibilidad se ha visto mermada tras la STS 965/2022, de 15 de diciembre, de la Sala de lo Penal (ES:TS:2022:4621), en la que se establece «como doctrina legal unificada que en el caso de delitos graves, la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, adoptada ya sea por el órgano administrativo ya sea por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, cuando sea

---

(11) Acuerdo 60 bis, disponible en VV. AA., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009*, CGPJ, Madrid, 2009, pp. 27 y 28. En sentido muy parecido, destaca la conclusión 17 bis de las *Conclusiones vigentes sistematizadas de encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 34.

(12) De acuerdo con el mismo: «1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación. 2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia». Se analiza el precepto y la problemática específica que genera en Solar Calvo, P., 2019, pp. 156-162.

(13) En este sentido, Armenta González-Palenzuela, F. J. y Rodríguez Ramírez, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006, p. 221.

(14) Cervelló Donderis, V., 2022, p. 218. De la misma opinión, Baras González, M., «El régimen penitenciario», en De Vicente Martínez, R., 2015, pp. 137-138.

recurrida por el Fiscal, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano *ad quem,* Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión» (15). Como consecuencia, la conclusión 19 de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria recoge la: «ejecutividad del auto que acuerda la asignación del principio de flexibilidad estimando en parte un recurso en materia de clasificación, salvo que el interno esté condenado por delito grave en cuyo caso el recurso del Fiscal tendrá efecto suspensivo» (16).

II. DUDAS DE NATURALEZA Y PROCEDIMIENTO. ¿TRATAMIENTO O CLASIFICACIÓN?

Conscientes de la anterior problemática –la falta de anclaje legal del principio de flexibilidad– sin que se le haya dado solución normativa a la misma, de unos años para acá, la discusión está centrada en el procedimiento que ha de seguirse para su aplicación. Discusión que deriva de la propia naturaleza jurídica –tratamental o de clasificación– que se otorgue a este instrumento. Así, algunos JJVP entienden que el Centro Directivo no puede intervenir en la propuesta de aplicación del artículo 100.2 RP. Como ejemplo, el AJVP n. 3 de Madrid de 22.10.20, en un supuesto en que la propuesta de aplicación del principio de flexibilidad provenía de la Central de Observación, declara nula de pleno derecho la resolución del Centro Directivo, al entender que el mismo carece de competencia en la materia. En concreto, de acuerdo con la resolución que comentamos:

> «En cuanto al aspecto formal se observa que la administración penitenciaria ha incumplido lo dispuesto en el precepto mencio-

(15) Se trata de una interpretación extensiva y forzada de la DA 5.ª de la LOPJ que en su apartado 5 recoge que: «Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión. Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente». Sobre esta resolución, se defiende una postura crítica en Solar Calvo, P., «La eficacia hacia atrás de la unificación de doctrina. Breve reflexión a raíz de la STS 965/2022, de 15 de diciembre», *Diario La Ley*, n.º 10277, 2023.

(16) Conclusión 19 de las *Conclusiones vigentes sistematizadas de encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023*, 2023, p. 35.

nado, por cuanto de éste se deduce claramente que el principio de flexibilidad es «ejecución de un programa de tratamiento», no es una clasificación. Aunque afecte a ésta, ni una modalidad de clasificación, por lo que una vez aprobado por la junta de tratamiento lo acordado «es ejecutivo» y debe ser remitido al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación, que es el órgano competente, careciendo de competencia el Centro Directivo para intervenir, y menos para demorar la eficacia de un acuerdo de la junta de tratamiento que es inmediatamente ejecutivo sin necesidad de ningún placet administrativo, porque la competencia está claramente delimitada en el precepto, sin que una instrucción (17) pueda atribuir al Centro Directivo competencias que no le atribuye la legislación penitenciaria, pues en ese punto adolecería de nulidad y sería inaplicable por infringir el principio de jerarquía normativa, máxime cuando la competencia le corresponde a un órgano jurisdiccional, que es el garante de la legalidad de la actuación de la administración penitenciaria. Por tanto, el acuerdo del Centro Directivo es nulo de pleno derecho por invadir la competencia de un órgano jurisdiccional» (18).

Esta interpretación se corrige por el AAP de Madrid, Secc. 5.ª, de 27.01.21. En una resolución un tanto errática, se recoge finalmente que la aprobación del principio de flexibilidad la lleva a cabo el Centro Directivo. Repasando los hechos y sus argumentos:

«Por auto de fecha 22.10.2020, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid, no se aprobó la propuesta de la Central de Observación, de fecha 23.9.2020, de clasificación en segundo grado y de aplicación del artículo 100.2. RP propuesto que fue remitida al Centro Directivo y aprobada por éste con fecha 07.10.2020 respecto del penado Nicanor, aprobación del Centro

(17) Se refiere a la Instrucción 9/2007, sobre clasificación y destino de las personas privadas de libertad que, en su apartado 3.4 recoge que: «La aplicación de las previsiones contenidas en el punto 2 del precitado artículo 100 precisarán de la remisión al Centro Directivo (Servicio de Tratamiento) del programa específico de tratamiento que lo justifique, de acuerdo con el modelo de aplicación del artículo 100.2 RP, recogido en anexo I. Una vez efectuado por el Centro Directivo pronunciamiento que incluya las previsiones del artículo 100.2 R. P. se comunicará inmediatamente por el centro penitenciario al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a efectos de aprobación, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad desde el momento en el que se reciba. En el supuesto de que la resolución judicial se produjera en sentido no aprobatorio, se suspenderá su ejecución, dando traslado de la misma al Centro Directivo, a efectos de regularizar la situación del penado en el sistema informático».

(18) *Jurisprudencia Penitenciaria 2021*, SG. II. PP., Madrid, 2022, p. 75.

> Directivo, pero por un lado, no es difícil la confusión, pues como ha dicho el tribunal supremo (Auto de 22.7.2020) tal aplicación afecta siquiera indirectamente a la clasificación y supone una cierta progresión determinante de la competencia del tribunal sentenciador y no del tribunal de la provincia en que se ubique el centro penitenciario. (Véase la ubicación y el contenido total del artículo 100 del Reglamento, sus referencias claras a la clasificación y a la correspondencia de los distintos grados con los regímenes y el reconocimiento implícito de una cierta rigidez del sistema clasificatorio que se salva con carácter excepcional mediante la posibilidad de combinar aspectos característicos de cada uno de los grados) y, por otro lado, esa propuesta de la junta de tratamiento (o de la Central de Observación) no tiene por qué coincidir con uno de los informes periódicos sobre clasificación. Pero es evidente que, si coincide con éstos, la propuesta sobre mantenimiento o cambio de grado si ha de someterse a la decisión del Centro Directivo (artículo 103.4 y 105 y 106-5. R. P.) y es bueno que éste al resolver tenga todos los datos en presencia incluida la propuesta de aplicación del artículo 100.2 aunque ésta deba dirigirse al Juez de Vigilancia directamente y no por conducto de otros órganos, en lo cual es cierto que podría apreciarse en el presente caso una omisión, aunque no censurable por las razones antes expuestas» (19).

Parece que son varios los argumentos que concurren para entender que la aplicación del artículo 100.2 RP ha de contar con la intervención del Centro Directivo. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, tal y como ha establecido el ATS de 22.07.20 al que el AAP de Madrid se refiere, el principio de flexibilidad constituye un instrumento de clasificación. Así lo indica su propia ubicación sistemática (20). Tal y como destaca el propio ATS:

> «El artículo 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la «Clasificación de los penados», que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, y parte de una premisa: supone un modelo de ejecución que combina aspectos de cada uno de los grados indicados en el número 1 del artículo 100 RP (primero, segundo y tercero). Si la combinación de grados es elemento nuclear, no cabe sostener que el precepto sea ajeno a la actividad de clasificación. No hay duda

(19) *Jurisprudencia Penitenciaria 2021*, 2022, p. 78.

(20) Se analiza la resolución en Solar Calvo, P., Lacal Cuenca, P., «El ATS de 22 de julio de 2020 en la causa del Proces: naturaleza del artículo 100.2 RP y programa de tratamiento», *Legal Today*, 2020.

> alguna de que valorar la inclusión de un interno en uno de esos tres grados es una actividad de clasificación (*«tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados»*, dice el artículo 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no «combinar aspectos característicos» de esos tres grados (artículo 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación». En este sentido, «la referencia del artículo 100.2 del RP a *«que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado»* no obstaculiza esta conclusión. La previsión del artículo 100.2 del RP va más allá de la aprobación de un programa individualizado de tratamiento y afecta, aunque se considerase que esa afectación es indirecta, a la clasificación del penado, quien inicia a través de su aplicación una «cierta progresión» tras valorar que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.»

Como consecuencia de lo anterior y siguiendo al mismo ATS, «los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente –reiteramos– a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador». Y ello con importantes implicaciones desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues «este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del artículo 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el artículo 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

Desde una perspectiva más práctica, y en clara relación con este último inciso destacado del ATS, una interpretación rigorista del ar-

tículo 100.2 RP deja en manos de las Juntas de Tratamiento toda propuesta de aplicación del principio de flexibilidad. Ello no sólo en contra del principio de jerarquía entre órganos administrativos –si un órgano inferior puede algo, lo lógico es que el superior también lo pueda–, sino en perjuicio de la persona privada de libertad. Parece que lo que el AJV n.º 3 de Madrid quiere evitar es que el visto bueno del Centro Directivo demore la aplicación de un artículo 100.2 RP propuesto por una Junta. No obstante, ¿qué sucede si la Junta de Tratamiento no propone el principio de flexibilidad? ¿No puede la persona privada de libertad solicitar la aplicación del artículo 100.2 RP al Centro Directivo? Es más, en caso de que el Centro Directivo sea favorable a dicha propuesta, ¿no puede hacer cumplir a una Junta de Tratamiento la resolución administrativa que se ha adoptado? Creemos sinceramente que la lógica jurídica y la lógica del propio sistema se decantan por la respuesta afirmativa. Es más, creemos igualmente que si el artículo 100.2 RP es tan parco desde el punto de vista procedimental, se debe a que por lógica –de nuevo, no hay más que analizar la ubicación sistemática del precepto–, da por hecho una intervención del Centro Directivo dentro del procedimiento propio de la clasificación (21).

III. EL HASTA DÓNDE DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONTENIDO

Sin que el anterior asunto esté tampoco del todo resuelto –son varios los órganos judiciales que, a pesar del ATS comentado, siguen la interpretación del AJVP n.º 3 de Madrid también expuesto–, nos adentramos en otro que atiende al fondo de los supuestos de hecho que se entiende que el artículo 100.2 RP puede abarcar. Y es que, el mismo ATS de 22.07.20 que estableció la pertenencia del principio de flexibilidad al ámbito de la clasificación, supuso también un duro recorte en la amplitud de lo que hasta entonces se había entendido como su contenido. Tal y como se establece al valorar la propuesta de aplicación de artículo 100.2 RP, el ATS desestima la misma al entender que «examinado el contenido de esta propuesta, así como los motivos que la fundamentan, no se aprecia sin embargo vinculación alguna con el proceso de reinserción social de la penada, de forma que la misma sea adecuada a su situación actual. Esa falta de conexión entre el programa de

(21) Ideas introducidas en Solar Calvo, P., Lacal Cuenca, P., «Principio de flexibilidad y régimen de cumplimiento. ¿Hasta dónde puede condicionar el procedimiento?», *Legal Today*, 2025.

tratamiento y el delito cometido hace injustificable un régimen de semilibertad. La Sala no pone en duda el buen comportamiento en prisión y la influencia positiva que haya podido ejercer sobre las demás internas –hechos destacados en los informes que acompañan la propuesta de la Junta de Tratamiento–. Tampoco cuestiona su capacidad de liderazgo y las demás habilidades sociales que se describen. Pero nada de ello permite salvar esa ausencia absoluta de enlace entre el programa que se propone y el proceso de reinserción social de la penada que, como es obvio, no puede ser ajeno al delito por el que fue condenada». Esto es, como vemos, se exige una vinculación indubitada entre el programa de tratamiento que el artículo 100.2 RP supone y la etiología delictiva.

Siguiendo esta interpretación, el propio AJVP n.º 3 de Madrid de 22.10.21, aunque corregido posteriormente, como hemos visto, por el AAPM, Secc. 5.ª, recoge que:

> «En cuanto al fondo del asunto hay que precisar que el principio de flexibilidad es una medida de carácter «excepcional», dado que carece de cobertura en la LOGP, habiéndose introducido en el RP de 1996, y debe estar justificado en la ejecución de un programa de tratamiento, que no pueda ejecutarse de otro modo, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias lo justifica en el plan de ejecución diseñado por la Central de Observación, transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución, en donde se contemplan como actividades a desarrollar aquellas que los profesionales consideren oportunas para intervenir sobre los déficits detectados y alcanzar los objetivos propuestos, aplicando como aspectos propios del tercer grado, el régimen de salidas que se consideren necesarias para posibilitar las actividades descritas, que en todo caso, deberán concretarse y ajustarse específicamente a los aspectos señalados. El disfrute de permisos ordinarios y en un momento posterior de salidas de fin de semana se podría establecer como herramienta de refuerzo y generalización de las competencias aprendidas, cuando los profesionales penitenciarios del centro lo consideran oportuno. Sin embargo, lo propuesto adolece de una vaguedad, generalización e indeterminación. Que lo que parece se quiere es que el Juez de Vigilancia firme un cheque en blanco, que el centro penitenciario pueda luego rellenar con el contenido que tenga por conveniente sin ningún control judicial, pudiendo conducir a que se asemeje la situación del interno, de facto, a un tercer grado, sin reunirse los requisitos para el mismo. No se concreta qué tiene que ver lo proyectado en el plan de ejecución con la etiología o con la tipología delictiva del interno que cumple condena por delitos de asesinato, lesiones y tenencia ilícita de armas, y qué

conexión tienen las pautas de pago de la responsabilidad civil con el artículo 100.2 RP, y por qué no puede atenderse de otra forma en segundo grado. Por otro lado, en cuanto a la finalidad de integración socio-familiar, ésta ya se atiende suficientemente con las comunicaciones y los permisos de salida de que disfruta el interno en segundo grado de tratamiento y, por otro lado, la referencia a la reincorporación social progresiva, no es más que una excusa para establecer un régimen intermedio entre el segundo y tercer grado, no amparado en el artículo 100.2 RP» (22). En la misma línea, la Conclusión 17 de los Fiscales de Vigilancia se adapta específicamente al ATS de 22.07.20, y determina que para la aplicación del artículo 100.2 RP «tendrá que haber una relación directa entre la actividad propuesta y la tipología delictiva por la que el interno cumple condena, encaminada pues al tratamiento de la etiología delictiva. El tratamiento que se pretende aplicar ha de estar en conexión con el delito cometido, pues de no ser así se hace injustificable un régimen de semilibertad» (23).

De este modo, exigiendo una vinculación explícita entre el programa a realizar y la aplicación del artículo 100.2 RP, retomamos un concepto excesivamente clínico del tratamiento (24) que desconoce su amplitud y la necesidad de abordaje de todos los ámbitos vitales para que éste sea completo. Ello tanto en relación con el concepto de tratamiento en sí, como con los instrumentos de reinserción, de los que el artículo 100.2 RP es un ejemplo. Y es que con esta tendencia jurisprudencial, se obvian las posibilidades reconocidas en resoluciones no tan lejanas en el tiempo. Así, en el Auto 38/17 AN, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª de 08.02.17, que aprueba la aplicación del artículo 100.2 RP para realización de actividad laboral y el Auto del JCVP de 02.03.17, que aplica el segundo grado flexible para que una interna pueda hacerse cargo de su hija menor víctima a su vez de un delito. Resoluciones que, al venir referidas ambas a miembros de banda armada, no sólo adquieren actualidad, sino también relevancia, pues tratan de dar importancia a los motivos humanitarios y de reinserción social también en estos casos. No obstante, como decimos, las anteriores resoluciones no han hecho más que aplicar para la delincuencia terrorista lo que se defiende para

(22) Disponible en *Jurisprudencia Penitenciaria 2021*, SG. II. PP., Madrid, 2022, pp. 71-77.

(23) Conclusión 17 de las *Conclusiones vigentes sistematizadas de encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023*, 2023, p. 34.

(24) Se aborda el cambio de paradigma que se produce en relación al concepto de tratamiento penitenciario entre la LOGP y el RP en Solar Calvo, P., 2019, pp. 76 y ss.

los restantes internos. Como muestra de ello pueden valer los distintos Autos de JJVP que mencionamos al presentar al artículo 100.2 RP y estos que resumimos a continuación. Así, el AJVP de Valladolid de 30.12.04 sobre aplicación del artículo 1002. RP para acceso al mercado laboral, abono de la responsabilidad civil y evitación de desestructuración familiar, señala que «sólo a través de nuevo acceso al mercado laboral será posible que al menos parcialmente continúe el abono de parte de la responsabilidad civil derivada del delito y se evite la desestructuración familiar y social a cuya prevención alude el artículo 83.2 d) RP»; el AJVP Ciudad Real de 17.05.05 que aplica el principio de flexibilidad para favorecer «la integración familiar y laboral del interno» (25); el AJVP de Ocaña de 14.07.05 que incluye dentro del programa propio del artículo 100.2 RP el desempeño de actividad laboral (26); el AJVP de Tenerife de 24.04.06 que aplica el principio de flexibilidad para búsqueda de empleo (27); el AJVP n. 1 de Madrid de 13.10.09 que concede el segundo grado flexible para desempeño de actividad laboral de interno extranjero, reconociendo la validez de la autorización de trabajo propia del tercer grado –Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 (28)– también para la modalidad de cumplimiento artículo 100.2 RP (29); y el AJVP de Cantabria de 15.06.17 donde se aplica el principio de flexibilidad «al gozar el interno de oferta firme de trabajo». Por otro lado, y de manera más general, el criterio n.º 29 de las Conclusiones de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2015, reconoce como objetivos tratamentales del artículo 100.2 RP los «familiares, educativos, formativos, laborales.»

IV. LA APLICACIÓN A DETERMINADOS GRUPOS DE POBLACIÓN PENITENCIARIA. LA ENFERMEDAD MENTAL COMO CASO TIPO

El reclamo que realizamos adquiere especial relevancia para determinados grupos de población penitenciaria. Pensamos en las personas privadas de libertad con enfermedad mental que se encuentran en centros penitenciarios al uso. Pero antes de realizar una propuesta de

(25) *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*, DG. II. PP., 2006, p. 120.

(26) *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*, DG. II. PP., 2006, p. 124.

(27) *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*, DG. II. PP., Madrid, 2007, pp. 68-72.

(28) El acuerdo da cobertura a las personas extranjeras en tercer grado o libertad condicional, de manera que pueden trabajar de manera regular durante estas situaciones penitenciarias. El auto referido amplía esta posibilidad para un supuesto de artículo 100.2 RP. Sobre el acuerdo en sí, SOLAR CALVO, P., 2019, pp. 407 y ss.

(29) *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, SG. II. PP., Madrid, 2010, pp. 107-110.

cómo el principio de flexibilidad podría servir de instrumento de reinserción para este grupo de personas, conviene preguntarnos cómo es posible, conforme a nuestra normativa, que el sistema penitenciario albergue a internos e internas con enfermedad mental. Repasemos para ello la normativa existente al respecto (30).

1. Desmontando el ideal normativo o cómo es posible que personas con enfermedad mental estén en centros penitenciarios ordinarios

En primer lugar, para supuestos de inimputabilidad por aplicarse alguna de las eximentes completas del artículo 20 CP, se establece que: «Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. (…) 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (…), o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». Para completar el marco que define las consecuencias jurídicas en caso de inimputabilidad, tal y como determina el mismo artículo 20 CP *in fine*, «en los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código» (31).

(30) Lacal Cuenca, P., Solar Calvo, P., «Enfermos Mentales y Justicia. Por un cambio de modelo», *Diario La Ley*, n. 9474, 2019.

(31) En relación a las dos primeras causas de no responsabilidad, concurren supuestos de posible imputabilidad, prevista específicamente en los apartados 1 y 2 del artículo 20 CP. Para el supuesto de la alteración psíquica, lo que más comúnmente se asocia a la enfermedad mental, el artículo 20.1 CP establece que: «El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión». Para el caso de comisión del delito «en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos», el artículo 20.2 CP determina la responsabilidad penal si ese estado ha sido buscado con el propósito de cometer la infracción penal o se hubiese previsto o debido prever su comisión. En concreto, el sujeto activo del delito será responsable: «Siempre que —el estado de intoxicación— no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión».

Por tanto, para estos casos, hemos de acudir a los artículos 101, 102 y 103 CP que, de manera correlativa con los supuestos de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 CP, establecen la medida de seguridad a aplicar para cada uno de ellos. Así, en caso de anomalía o alteración psíquica, acudimos a la medida de seguridad del artículo 101 CP. De acuerdo con el mismo: «1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código». Para el supuesto de una intoxicación plena o síndrome de abstinencia, supuesto asimilable en cuanto a sus consecuencias jurídicas en términos de inimputabilidad, el artículo 102 CP establece que: «1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2.º del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabituación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código». Por último, para los casos de alteraciones en la percepción, el artículo 103 CP prevé la siguiente medida de seguridad: «1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3.º del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código. 3. En este supuesto, la pro-

puesta a que se refiere el artículo 98 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza».

En segundo lugar, junto a los casos anteriores, el artículo 21 CP contempla como circunstancia atenuante cualificada, que declara una responsabilidad disminuida en forma de eximente incompleta en los supuestos en que: «Las causas expresadas en el capítulo anterior –en lo que nos interesa, las que daban lugar a la irresponsabilidad penal por concurrencia de responsabilidad penal–, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos». La consecuencia jurídica prevista para estos supuestos derivaría, de acuerdo con el artículo 104 CP, en la aplicación combinada de prisión y medida de seguridad (32).

Vista la norma, nos preguntamos entonces cómo es posible que haya personas con enfermedad mental en prisión. Conforme al ideal normativo, si concurre la eximente completa por alteración psíquica, el ingreso en un centro especializado evitaría cualquier ingreso en prisión. Pero más allá de lo anterior, conforme al artículo 104 CP, la alteración psíquica que dé lugar a una eximente incompleta también supone el ingreso inicial en un centro especializado que, conforme al artículo 99 CP (33), puede evitar el ingreso posterior en el circuito penitenciario ordinario. Entonces, ¿qué es lo que pasa? ¿Por qué estos preceptos, orientados a evitar que personas con enfermedad mental ingresen en prisión, no son capaces de evitarlo? Los factores son múltiples. Primero, no sólo hay supuestos en puro. Es decir, en muchos casos, sobre una misma persona, recaen sentencias diversas: en unas, esa persona es declarada inimputable, y en otras, todo lo contrario. A su vez, para los casos de

(32) Atendiendo al precepto: «1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99. 2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código».

(33) De acuerdo con el mismo: «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 vez alzada 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 plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3».

eximente completa, no existen recursos de atención especializada suficientes o los que hay, no se adecúan. Si pensamos en la enfermedad mental, sólo existen dos psiquiátricos, en Alicante y Sevilla, con capacidad limitada y, en no pocas ocasiones, lejos del entorno social de referencia de las personas enfermas (34). Pero más allá de este hecho, resulta paradójico que sean instalaciones de carácter penitenciario las que den respuesta a la problemática de personas declaradas penalmente irresponsables (35). Si esta es la situación de las personas a las que se les reconoce una eximente completa, la escasez de recursos para los casos intermedios del artículo 104 CP es flagrante y, en muchas ocasiones, es imposible seguir el orden de cumplimiento determinado en el artículo 99 CP –primero cumplimiento de la medida de seguridad y, sólo en caso necesario, ejecución de la privación de libertad–. Como vemos, la realidad genera una tormenta perfecta que hace que efectivamente, haya personas con enfermedad mental grave en centros penitenciarios.

2. **La relevante STC 84/2018, de 16 de julio, en materia de enfermedad mental en prisión. Llamemos a las cosas por su nombre**

La situación descrita queda claramente patente en esta resolución del TC que comentamos brevemente (36). El supuesto de hecho concreto presenta a una persona que comete un delito grave de asesinato, en prisión preventiva desde el día de los hechos, que resulta condenado en primera instancia a una medida de seguridad de internamiento de larga duración, pero cuyo abogado interpone recurso de casación. Por tanto, se trata de una persona declarada provisionalmente no culpable, aunque sí peligrosa. En el ínterin en que se resuelve el recurso de casación, el tribunal *a quo* entiende que procede mantener, prorrogada, la situación de prisión provisional. Justamente esta decisión es la que pelea el abogado defensor ante el TC. Al respecto, el TC refiere que:

> «Conviene puntualizar, en todo caso, en cuanto a su previsión en los artículos 183 y siguientes RP, que hasta el presente solamente funcionan en España como "establecimientos psiquiátricos peniten-

(34) Sobre este aspecto y su relevancia desde el punto de vista de la reinserción y el derecho a la vida familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), Solar Calvo, P., «La importancia del centro de destino. Su diferente valoración judicial», *ADPCP*, t. 74, 2021.

(35) Se plantea esta cuestión, con una propuesta de actuación, en Lacal Cuenca, P., Solar Calvo, P., *Diario La Ley*, 2019.

(36) Se profundiza en Lacal Cuenca, P., Peñaranda del Río, J., Solar Calvo, P., «¿Debe un enfermo mental estar en prisión? Situación actual y cuestiones que plantea la STC 84/2018, de 16 de julio», *RGDP*, n.º 30, 2018.

> ciarios", los hospitales psiquiátricos penitenciarios de Alicante y Sevilla. Y por lo que hace a las unidades psiquiátricas dependientes de un centro penitenciario, únicamente se ha constituido una, la "Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria" del centro penitenciario Brians 1 (UHPP), exclusiva para la población reclusa de Cataluña al tener dicha Comunidad Autónoma transferida la competencia en materia de Administración penitenciaria. No existen unidades psiquiátricas en otros centros penitenciarios y, por tanto, no la hay tampoco en concreto en el centro penitenciario de Córdoba. De allí que el mandato judicial de ingreso del recurrente en semejante "unidad" de este último centro, como resuelven los Autos impugnados en amparo con desconocimiento de la realidad, haya devenido en los hechos de imposible cumplimiento. En efecto, según consta en el antecedente 4 de la presente Sentencia, tras realizarse comunicación telefónica por la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal Constitucional, el 13 de octubre de 2017, con el mencionado centro penitenciario, se tuvo confirmación de este último de que no contaba con dicha unidad psiquiátrica, y que el recurrente había quedado recluido en el módulo 16 del mismo centro, que es según se informa el de enfermería, se entiende que con sujeción al régimen interior general. Desde esa perspectiva, la demanda de amparo y el Ministerio Fiscal llevan razón cuando califican la situación del recurrente, hasta su reciente traslado al hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla el 8 de marzo de este año (cuando ha empezado a cumplir con la medida de seguridad impuesta, tras desestimarse su recurso de casación), como una prisión encubierta, carente de absoluta cobertura legal, y por ello vulneradora de su derecho a la libertad (artículo 17.1 CE), lo que determina la estimación de la demanda de amparo.»

Para entender el supuesto y lo que implica, explicamos brevemente lo que el artículo 11 LOGP llama centros psiquiátricos y el RP denomina unidades psiquiátricas y que se someten a criterios más tratamentales que asegurativos, tal y como determinan los artículos 183 y ss. RP. De acuerdo con el artículo 183 RP: «los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes». El artículo 184 RP concreta esta previsión al determinar que «el ingreso en estos Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias se llevará a cabo en los siguientes casos: a) Los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo

establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe. Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda. b) Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario. c) Penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad Psiquiátrica penitenciaria» (37).

El carácter eminentemente terapéutico de estos centros queda patente en la regulación de los profesionales encargados de la atención de los internos y la programación de actividades. Conforme al artículo 185 RP: «1. Para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos. También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación. 2. La Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de

(37) Este precepto se remite al artículo 60 CP que determina que: «1.º Cuando después de pronunciada una sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa. 2.º Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente». Ejemplos de esta aplicación en AJVP de Bilbao de 26.01.10, AJVP de Santander de 26.02.10. Jurisprudencia recogida en González Vinuesa, F., *Legislación Penitenciaria Básica: comentarios y referencias prácticas*, Versión 14-E, actualizada a 07.08.17, pp. 293-294.

atención a la salud mental». A su vez, de acuerdo con el artículo 189 RP, sobre las actividades rehabilitadoras «con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitucionalización de la población internada y facilitar su vuelta al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los Establecimientos o Unidades se establecerá, con soporte escrito, una programación general de actividades rehabilitadoras, así como programas individuales de rehabilitación para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquellos que, aun teniendo más dificultades para su reinserción, puedan, no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social».

En consonancia con lo anterior, la aplicación del régimen en tanto medidas asegurativas de contención, aparece especialmente limitado en el artículo 188 RP. Según el mismo, «la separación en los distintos departamentos de que consten los Establecimientos o Unidades se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente. 2. Las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento. 3. El empleo de medios coercitivos es una medida excepcional, que sólo podrá ser admitida por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar, en todo momento, la dignidad de la persona. Incluso en los supuestos de que médicamente se considere que no hay alternativa alguna a la aplicación de los medios expresados, la medida debe ser puntualmente puesta en conocimiento de la Autoridad judicial de la que dependa el paciente, dándose traslado documental de su prescripción médica. 4. Las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones». Esto último tal y como lo recoge el artículo 231.2 RP (38) y en la línea del artículo 265.4 RP que elimina la posibilidad de que en los centros psiquiátricos existan comisiones disciplinarias (39).

(38) Tal y como establece: «El régimen disciplinario se aplicará a todos los internos, con la excepción establecida en el artículo 188.4 de este Reglamento, con independencia de su situación procesal y penitenciaria, tanto dentro de los Centros penitenciarios como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que se realicen».

(39) En concreto: «En los Hospitales psiquiátricos penitenciarios sólo existirán el Consejo de Dirección, cuya composición se determinará por las normas de desarro-

Por último, la emisión de los informes necesarios para el seguimiento judicial del cumplimiento de la medida de seguridad y la adecuación de su aplicación a la peligrosidad actual que el interno manifiesta en cada momento, tal y como antes adelantamos, se regula en los artículos 186 y 187 RP. En concreto, de acuerdo con el artículo 186 RP: «1. En el momento de ingresar, el paciente será atendido por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del Centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, dispondrá lo conveniente respecto al destino de aquél a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por el psiquiatra. 2. El equipo que atienda al paciente deberá presentar un informe a la Autoridad judicial correspondiente, en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro Establecimiento o Unidad Psiquiátrica, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida de aquél del Centro». Por su parte, el artículo 187 RP determina que «1. La peculiaridad del internamiento de los enajenados reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada seis meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución. 2. El informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 serán remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes».

Pues bien, a pesar de todas estas previsiones normativas, lo que la STC nos dice es que sólo existen, como tales unidades o centros psiquiátricos, los ubicados en Alicante y Sevilla. A su vez, reclama, porque tampoco existe, una regulación de las medidas cautelares a aplicar en estos supuestos de absolución en primera instancia, constatación de peligrosidad e interposición del correspondiente recurso. Ello al no proceder, y así que corrige en la resolución, una aplicación extensiva de las medidas restrictivas de la libertad existentes, pero que no abarcan supuestos de hecho como el que nos ocupa.

---

llo de este Reglamento, la Junta Económico-Administrativa y los Equipos multidisciplinares necesarios».

3. El necesario cambio de paradigma y el artículo 100.2 RP como solución intermedia

La DA 6.ª de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece la transferencia a las comunidades autónomas de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias en los siguientes términos: «Los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las comunidades autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud. A tal efecto, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta ley y mediante el correspondiente real decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía». Más de veinte años después, esta transferencia que se establece con carácter generalizado, sigue sin realizarse (40). En el momento actual, cumplir con esta previsión es urgente por dos motivos. El primero, que desde hace unos años hacia acá, la Sanidad Penitenciaria está desapareciendo. Son pocos los profesionales médicos que quedan en el medio penitenciario y las convocatorias a plazas de sanitarios médicos quedan reiteradamente desiertas. Con lo que, no sólo se trata de garantizar la adecuada atención a la enfermedad mental, sino a la salud de las personas presas en general. A su vez, dado el papel garantista que juegan los médicos en la imposición de medidas regimentales como el aislamiento (41), la ausencia de estos profesionales en muchos

(40) En el ámbito de las administraciones vasca y catalana, los servicios médicos pertenecen efectivamente a las autoridades sanitarias de las respectivas Comunidades Autónomas. En el ámbito de la Administración General del Estado, el Real Decreto 494/2021, de 6 de julio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral de Navarra en materia de sanidad penitenciaria, constituye el único ejemplo de esta transferencia que, como decimos, debería ser generalizada. Al hilo de esta transferencia y de la experiencia del CP de Pamplona, destaca el estudio de Etxebarría Zarrabeita, X., Martínez Escamilla, M., Ollero Perán, J., *Abordaje resocializador de la enfermedad mental en el sistema penal penitenciario*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, 2024.

(41) De acuerdo con el artículo 43 LOGP: «Uno. La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta. Dos. En los casos de enfermedad del sancionado, y siempre que las circunstancias lo aconsejen, se suspenderá la efectividad de la sanción que consista en internamiento en celda de aislamiento, hasta que el interno sea dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente. Tres. No se

centros adquiere dimensiones preocupantes. El segundo motivo está más relacionado con el tema que nos ocupa. Creemos que la atención terapéutica de la enfermedad mental sólo será posible si a las personas inimputables se las considera antes pacientes que condenadas por la comisión de un delito; y si, de manera consecuente con esta idea, las Comunidades Autónomas asumen las competencias que les corresponden en relación a ellas. Ello favorecería no sólo una atención específica y adecuada, sino la creación de una red de atención comunitaria mejor distribuida a lo largo del territorio. En definitiva, no es lógico que lo penitenciario, que se encarga de la ejecución de la privación de libertad, gestione el devenir vital de quien ha sido declarado no responsable en la comisión de un delito.

En paralelo, siguiendo la Recomendación CM/Rec (2025)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de la salud mental de los presos y las personas en libertad condicional y la gestión de sus trastornos mentales, publicada por el Consejo de Europa en fechas recientes, es fundamental que se potencie el contacto social de quien se encuentra privado de libertad y sufre una enfermedad mental. Los efectos de la prisión sobre este grupo de población penitenciaria han de minimizarse por inadecuados y altamente desocializadores. Es en este contexto, y para las personas que no hayan sido declarados inimputables, donde creemos que el artículo 100.2 RP puede tener un papel relevante. Lo anterior, procurando el máximo de salidas posibles al exterior de las personas con enfermedad mental que, careciendo de apoyos para estar en un tercer grado pleno (artículo 83 RP) o restringido (artículo 82 RP), ofrecen garantías para el disfrute de salidas más cortas o más controladas. Y lo mismo proponemos en relación a los permisos. Es urgente que la Administración Penitenciaria haga uso de la posibilidad de los permisos ordinarios de hasta dos días para este y otros perfiles de internos. De acuerdo con el artículo 161.2 RP: «Los permisos ordinarios a penados de hasta dos días de duración serán autorizados por el Centro Directivo». De esta manera, se cuenta con un instrumento de reinserción flexible y de fácil tramitación que permite gestionar salidas de escasa duración –horas incluso–. Pensamos en personas con enfermedad mental respecto de las que las familias no pueden garantizar la atención durante

aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo. Cuatro. El aislamiento se cumplirá en el compartimento que habitualmente ocupe el interno, y en los supuestos de que lo comparta con otros o por su propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones».

un permiso ordinario al uso –de 2 días en adelante–, pero sí durante menos de dos días. Esta propuesta de mínimos que realizamos, en espera del cambio competencial que entendemos ha de llevarse a cabo, supondría de por sí una mejora regimental de calado para quienes padecen una enfermedad mental y se encuentran en centros penitenciarios no preparados ordinarios.

V. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta la escalada punitiva de las reformas penales de las últimas décadas y la finalidad resocializadora y humanista prioritarias de la ejecución de la condena, entendemos que cualquier mecanismo normativo que permita un acceso a mayores cotas de libertad a los internos cuya evolución así lo justifique, no sólo ha de ser bienvenido, sino ampliamente utilizado. Las interpretaciones restrictivas pueden tener algún fundamento normativo, pero constituyen una estrategia de gestión que olvida la finalidad primera de la labor penitenciaria y las consecuencias humanas tan intensas y relevantes que con ello se provoca. Por ello, abogamos por un uso del artículo 100.2 RP amplio desde dos puntos de vista. Primero, atendiendo al fondo, es fundamental recuperar el contenido del principio de flexibilidad ligado al concepto amplio de tratamiento. De manera que su aplicación pueda ir más allá de la realización de un programa específicamente ligado a la etiología delictiva. Segundo, desde el punto de vista de la forma, del procedimiento de concesión, se aboga por una lectura lógica del artículo 100.2 RP en el contexto de la normativa penitenciaria. De manera que, entendiendo su pertenencia al ámbito de la clasificación, su aplicación pueda venir de los diferentes agentes penitenciarios que normalmente intervienen en dicho proceso –Junta de Tratamiento, pero también JVP y Centro Directivo–. Por último, relacionado con lo anterior, pero focalizado en un grupo de la población penitenciaria específico, es urgente que el problema de la enfermedad mental en prisión se aborde con todos los instrumentos de reinserción y contacto con el exterior disponibles. La aplicación del artículo 100.2 RP y los permisos de dos o menos días del artículo 161.2 RP son un buen ejemplo del reclamo que realizamos. Ello, mientras se asumen las competencias sanitarias por las Comunidades Autónomas, en una materia tan relevante como es la de la salud mental en prisión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006.

BARAS GONZÁLEZ, M.: «El régimen penitenciario», en De Vicente Martínez, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: «El principio de flexibilidad penitenciaria», *RGDP*, n.º 36, 2021.

— *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed.: Valencia, 2022.

ETXEBARRÍA ZARRABEITA, X.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; OLLERO PERÁN, J.: *Abordaje resocializador de la enfermedad mental en el sistema penal penitenciario*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, 2024.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.; NISTAL BURÓN, J.: *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed.: Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «El sistema de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, n.º 35, 2015.

GONZÁLEZ CAMPO, E. «El principio de flexibilidad en la ejecución penal», *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, n.º 4, 2003.

GONZÁLEZ VINUESA, F.: *Legislación Penitenciaria Básica: comentarios y referencias prácticas*, Versión 14-E, actualizada a 07.08.17.

LACAL CUENCA, P.; PEÑARANDA DEL RÍO, J.; SOLAR CALVO, P.: «¿Debe un enfermo mental estar en prisión? Situación actual y cuestiones que plantea la STC 84/2018, de 16 de julio», *RGDP*, n.º 30, 2018.

LASO ANDRÉS, A.: «Principio de flexibilidad y clasificación penitenciaria», en Mata y Martín, R.: (Dir.), *La necesaria reforma penitenciaria*, Comares, Granada, 2021.

MARTÍNEZ ZANDUNDO, I.: «El principio de flexibilidad del artículo 100.2 RP: principios generales de aplicación y algunas particularidades en su aplicación», *Diario La Ley*, n.º 10.737, 2025.

MONTERO HERNANZ, T.: «El tratamiento penitenciario», en De Vicente Martínez, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RÍOS MARTÍN, J. C.; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X.; PASCUAL RODRÍGUEZ, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «El artículo 100.2 RP como expresión del sistema de individualización científica y del principio de flexibilidad: algunos datos sobre su aplicación», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 41, 2021.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, Reus, 2021.

SOLAR CALVO, P.: *El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, 2019.
— «La importancia del centro de destino. Su diferente valoración judicial», ADPCP, t. 74, 2021.
— «La eficacia hacia atrás de la unificación de doctrina. Breve reflexión a raíz de la STS 965/2022, de 15 de diciembre», *Diario La Ley*, n.º 10277, 2023.
SOLAR CALVO, P.; LACAL CUENCA, P.: «Enfermos Mentales y Justicia. Por un cambio de modelo», *Diario La Ley*, n.º 9474, 2019.
— «El ATS de 22 de julio de 2020 en la causa del Proces: naturaleza del artículo 100.2 RP y programa de tratamiento», *Legal Today*, 2020.
— «Principio de flexibilidad y régimen de cumplimiento. ¿Hasta dónde puede condicionar el procedimiento?», *Legal Today*, 2025.

Modo y tiempo de cumplimiento de las penas accesorias. A propósito del carácter relativamente autónomo de las penas accesorias

ANTONIO EVARISTO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS

Doctor en Derecho. Letrado del Servicio Común de Ejecutorias de la Audiencia Nacional

RESUMEN

Es sabido como las penas accesorias de ordinario se vinculan a la condena misma a fin de neutralizar los aspectos tendenciales del delincuente durante la ejecución de la condena. El hecho es que esta vinculación es bastante relativa en la medida que la jurisprudencia ha venido admitiendo su ejecución al margen de la principal incluso cuando esta haya dejado de tener vigencia. En el presente trabajo se tratará de exponer como en estos supuestos, en que la ejecución de la pena accesoria se cumple de forma independiente, la accesoriedad que se predica de este tipo de penas se desnaturaliza y debe ser objeto de una nueva valoración en ejecución de sentencia que determine su verdadero contenido y alcance.

Palabra clave: *pena accesoria, cumplimiento sucesivo, prescripción, medidas de seguridad, peligrosidad.*

ABSTRACT

Accessory punishments in the Spanish criminal law are usually linked to the sentence itself, with the aim to defuse the tendential aspects of the offender during the performance of the sentence. The fact is that this accessory nature is quite relative insofar as case law has been recognising the autonomous nature of this type of penalty, allowing it to be executed independently of the main penalty even when the latter has ceased to be in force. In this paper we will try to explain how in these cases, in

which the execution of the accessory penalty is carried out independently, the accessory nature of these sentences is distorted and must be subject to a new assessment in the execution of the sentence to determine its true content and scope.

Key word: *accessory punishments, successive enforcement, statute of limitations, probation, dangerousness.*

SUMARIO: I. El estatuto jurídico del penado durante el cumplimiento de la condena. II. El carácter relativo de la accesoriedad. III. El elemento tendencial y de prevención especial en las penas accesorias.–IV. La accesoriedad de las penas: ¿a la condena o a la pena privativa de libertad?–V. Las distintas clases de penas accesorias.–VI. Especialidades del cumplimiento de las medidas del artículo 57 del Código Penal.–VII. La vigencia de las medidas cautelares de prohibición tras el dictado de la sentencia. 1. La transformación de las medidas cautelares en penas. 2. Las medidas de prohibición luego de dictada sentencia y hasta la declaración de firmeza. 3. Mantenimiento de las medidas cautelares tras el dictado de sentencia.–VIII. El cumplimiento de las penas accesorias desvinculadas de la condena principal.–IX. Tiempo de cumplimiento de las penas accesorias desvinculadas de la principal.–X. Modo de cumplimiento de las penas accesorias desvinculadas a la pena principal.–XI. La prescripción de las penas accesorias.–XII. Conclusiones.–XIII. Bibliografía.

I. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL PENADO DURANTE EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

La eficacia de los pronunciamientos contenidos en una sentencia penal no se limita sólo a la imposición de una medida más o menos aflictiva. La atribución de un hecho delictivo a un sujeto determina un proceso de restauración del orden jurídico entre cuyos fines se encuentra el de fijar la posición del individuo condenado frente al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Nos encontramos ante una relación de sujeción especial del que nace todo un conjunto de deberes y consecuencias jurídicas que el Derecho tiene en cuenta al objeto de revisar el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, así como fijar cautelas o cauciones en el ejercicio de los derechos. El ámbito natural de esta respuesta son las penas y las medidas de seguridad, el hecho es que la condena trasciende incluso el marco del derecho penal para asentarse en todos los órdenes del Derecho.

Según Cuerda Riezu los efectos jurídicos de la condena que aquí interesan, *«son aquellas consecuencias jurídicas de carácter aflictivo distintas de las penas, que directamente derivan de la propia condena penal, y que consisten en restricciones de la esfera jurídica del individuo, o en su sujeción a eventuales agravaciones particulares»* (1). Su eficacia no depende tanto del hecho cometido como de la propia declaración de condena y determinan un especial estatuto jurídico del penado (2). Ejemplo paradigmático de este tipo de efecto de las sentencias penales es el previsto en el artículo 47.3 del vigente Código Civil, que prevé la imposibilidad de contraer matrimonio de los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal (3).

Las penas accesorias presentan al igual que los efectos del delito una relación directa con la condena misma. Lo que les diferencia del resto de los efectos de la condena antes aludidos es su condición de verdaderas penas en el sentido de que suponen medidas aflictivas dirigidas a la represión del delito cometido. De algún modo el legislador ha pretendido incardinar el ámbito del Derecho Penal aquellos efectos o consecuencias más graves, que presentan un carácter propiamente punitivo, y que exigen incorporarse al principio de legalidad de las penas.

Se diferencian del resto de penas en el hecho de que su incorporación a la estructura del tipo penal lo es en función de la pena principal que sea

---

(1) Cuerda Riezu, A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo que propició el cese como Diputado de Alberto Rodríguez» *Diario La Ley,* núm. 9999, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de enero de 2022, p. 12.

(2) En el derecho italiano, la accesoriedad se identifica comúnmente con la eficacia general que se deriva de la sentencia de condena. Se distinguen las penas accesorias de las penas propiamente dichas en que presentando como estas un contenido aflictivo siguen a la declaración de condena sin necesidad de un expreso pronunciamiento judicial (*Informe al Rey del ministro de Justicia, presentado en la audiencia del 19 de octubre de 1930 para la aprobación definitiva del Código penal italiano*, § n. 4.). Marinucci-Dolcini. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Le sanzioni penali, cap. XIII Giuffrè, 2012., 5.ª edición, pp. 628 y ss.

(3) Cabría citar otros muchos y entre estos, los más comunes, son los asociados a la reincidencia, como la pérdida de la condición de delincuente primario, que imposibilita el acceso a los beneficios de suspensión de la condena de los artículos 80.2 CP y 90.3 a) del CP, o la inserción en los registros públicos como los de ADN, agresores sexuales, los registros de violencia de género o antecedentes penales o el sometimiento forzoso a pruebas de extracción de ADN contenido en el artículo 129 bis de Código Penal, precepto que ubicado erróneamente como una consecuencia del delito constituye una medida aflictiva en sentido estricto. Tampoco cabe olvidar los efectos de la condena en otros procesos como la agravante de reincidencia o su valoración en el cumplimiento de las medidas de seguridad.

de apreciación (4). Pretenden, así, complementar el catálogo de penas en sentido abstracto incorporando restricciones no tenidas presente a la hora de la definición de la pena típica, pero que el legislador considera conveniente asociar a su contenido intrínseco por razones de política criminal.

Sus orígenes se encuentran en las penas de infamia muy comunes en otros tiempos en las que se anudaba a la pena una consideración moral del sujeto (5). El Código Penal de 1848 pretendió terminar con esta tacha, y luego de suprimir las penas infamantes, establece un nuevo tipo de penalidad que pretende completar la eficacia de determinados tipos de penas cuando su cumplimiento es incompatible con el ejercicio de determinados derechos (6). Surge así el concepto de penalidad accesoria que se mantendrá en todos los textos penales posteriores, a salvo el Código Penal de 1928, que, siguiendo el italiano de 1889, sustituirá el término penas accesorias por el término «efectos de otras penas». Pese a la claridad de los conceptos, detrás de las penas accesorias ha permanecido hasta nuestros días como idea central un mensaje eminentemente simbólico de desconfianza hacia el infractor (7).

---

(4) En este sentido Valeije Alvárez, cita el artículo 74 del Código Penal de 1822, que señalaba que «al reo que se le imponga la pena de infamia perderá hasta obtener la rehabilitación todos los derechos de ciudadano, no podía ser acusador sino en causa propia, ni testigo, ni perito, ni curador, sino de sus hijos o descendientes en línea recta, ni árbitro, ni ejercer el cargo de hombre bueno, ni servir en el ejército ni en la Armada, ni en el servicio militar nacional, ni tener empleo, comisión, oficio, ni cargo público alguno». Estas previsiones aparecen en más de setenta artículos, en algunas ocasiones varias veces. Véase VALEIJE ÁLVAREZ, I. *De las penas accesorias a las penas complementarias: la descripción de un proceso legislativo inacabado*. Valencia 2021, p. 30.

(5) Es a raíz del Código Penal de 1848 cuando estas penas toman carta de naturaleza dentro de la estructura del tipo y en el que definitivamente se deroga la pena de infamia, estableciendo en su artículo 23 del Código Penal, que la «ley no reconoce pena alguna infamante». Señalando a renglón seguido en el artículo 24 que son penas accesorias la pena de argolla, la interdicción civil y la degradación. VALEIJE ÁLVAREZ, I. *De las penas accesorias a las penas complementarias: la descripción de un proceso legislativo inacabado*, obra ult. cit., p. 32.

(6) Vicente y Caravantes cita la consideración con que fueran tenidas «evitar que los delincuentes manchados con la nota de sus crímenes deslustren el decoro de los cargos públicos o ejerzan las funciones en que estos consisten o los derechos políticos que se le conceden a los ciudadanos honrados». VALEIJE ÁLVÁREZ*, I. De las penas accesorias… obra cit*, p. 35, con cita en la obra de aquel autor «Código penal reformando: comentado novísimamente, precedido de breve reseña histórica del Derecho Penal de España» Librería de Ángel Calleja, Madrid, 1850, p. 148

(7) Mapelli Caffarena señala como los tratadistas clásicos se encargaron de destacar que el efecto que se pretende con la pena accesoria es reforzar la idea de la exclusión social del infractor. Cuando estaba vigente la pena accesoria de degradación, el juez se dirigía al condenado en el momento de la ejecución y le arrancaba las insignias a la parte que pronunciaba estas palabras: «la ley le degrada, por haberse el degradado así mismo (artículo 114 CP1848). MAPELLI MARFENA, B. «Las penas

Sea por esta por otras razones, con el transcurso de los años esta modalidad penal se ha orientado a conjurar los aspectos de peligrosidad y de prevención especial, presentando puntos de contacto con las medidas de seguridad. La opinión mayoritaria de la doctrina suele situar las penas accesorias en funciones de prevención especial, tendentes a inocuizar al reo, sin descuidar los aspectos indiscutiblemente aflictivos o infamantes (8). Y es que como luego veremos en este tipo de penas la valoración del elemento tendencial de la conducta del penado resulta determinante a la hora de fijar su contenido.

Con todo, y a diferencia de las medidas de seguridad, las penas accesorias se insertan en la estructura del tipo penal y no requieren una valoración individualizada al tiempo de su cumplimiento. Lo decisivo, es su carácter instrumental, al asociar a las penas privativas de libertad otras privaciones distintas, cuyo contenido y alcance habrán de depender del modo en que se cometió el delito (9). Son valoradas y tenidas presentes durante el tiempo de la ejecución de la pena en atención a la situación de sujeción especial, que antes hemos descrito, y en orden a la eficacia de la condena misma. Hasta tal punto esto es así, que dicha imposición habrá de tener lugar, aunque no haya habido petición expresa por la parte acusadora, sin que por esto se vulnere el principio acusatorio, véase en este sentido la STS 69/1999, de 26 de enero (rec. 69/1999) y la STS 417/2003, de 20 de marzo (rec. 3091/2001) entre otras. Asimismo, la omisión de esta obligación es subsanable mediante el recurso de casación por infracción de ley, véase STS 370/2000, de 6 de marzo (rec. 2014/1998) y consulta FGE 2/2000 de 14 de diciembre (10).

De este modo, si bien su apreciación depende de la pena principal aplicable, su contenido y en ocasiones su duración queda condicionado a las circunstancias del hecho y las personales de su autor. De ahí su carácter abierto que permite al juzgador tener un margen de

---

accesorias o la accesoriedad punitiva» Revista de estudios penitenciarios, núm. Extra 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús), pp. 65

(8) Precisa la citada autora que «este discurso, aunque a primera vista pudiera parecer el más acertado no deja de tener dificultades, porque debe proyectarse sobre un conjunto de sanciones que en la actualidad no son homogéneas» Valeije Álvarez, I., «De las penas accesorias a las penas complementarias», editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2021, p. 23.

(9) Leal Medina, J., «La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad» *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2001, p. 32.

(10) Colina Oquendo. P. «Comentario artículo 56», en *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias,* coord. Rodríguez Ramos, L., Rodríguez-Ramos Ladaria, G. y Rodríguez De Miguel Ramos, J., 7.ª edición, Editorial La ley-Wolters Kluver, 2023, p. 187

apreciación en atención al concreto hecho delictivo enjuiciado y a la peligrosidad de su autor. Sólo así se podrán establecer los contornos de la penalidad aplicable adecuados a las circunstancias del caso (11).

Es este carácter abierto el que es objeto de crítica por gran parte de la doctrina, así Mapelli Cafarena se opone a estas penas, no sólo por suponer una valoración negativa del sujeto que supone un obstáculo a los fines resocializadores (12), sino sobre todo por la tendencia a abrir nuevos espacios punitivos no bien delimitados, afirmando así que: «las penas accesorias huidas del concepto de pena y trasladadas a este nuevo escenario con escasa elaboración doctrinal y jurisprudencial parecen liberadas de las cargas garantistas sin las cuales resultan inaplicables» (13).

Otros autores, por el contrario, como Valeije Álvarez, tras un exhaustivo análisis de los antecedentes históricos del precepto, ponen en cuestión estos planteamientos opuestos a la accesoriedad de las penas, cuyo error histórico se encuentra en la identificación constante que ha venido haciendo la doctrina española entre las penas infamantes y las penas privativas de derechos. Se apuesta por dicha autora por un tipo de penalidad complementaria o alternativa que permitiese adecuar la penalidad a la condición del sujeto conforme al planteamiento inicial del Código (14).

El hecho es que la consideración de la peligrosidad delictiva del penado es una realidad en nuestro derecho que parece que ya no tiene vuelta atrás (15). Lo relevante de las penas accesorias es que este margen

---

(11) Tanto es así que incluso nuestra jurisprudencia ha admitido la compatibilidad entre varias penas accesorias sin que esto suponga merma del principio de legalidad penal. Cabe citar en este sentido la STS 1309/1999 de 25 de septiembre, ECLI: ES: TS:1999:5798, que declaró compatibles la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo del artículo 44 y la pena de suspensión de empleo o cargo público del artículo 43 del Código Penal.

(12) Cita así el ejemplo de nuestro país vecino en cuyo Código Penal en el artículo 65 afirma que ninguna pena implica necesariamente la pérdida de derechos civiles, profesionales o políticos, lo cierto es que el mismo precepto penal a renglón seguido habilita al legislador para que pueda vincular a la comisión determinados delitos la prohibición del ejercicio de ciertos derechos o profesiones.

(13) Mapelli Caffarena, B. «Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva», *Revista de estudios penitenciarios*, núm. Extra 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús), p. 65.

(14) Valeije Álvarez, I., «De las penas accesorias a las penas complementarias», edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2021, p. 71.

(15) La reforma de 2003 supuso el punto de ruptura de un sistema dualista, también llamado vicarial, entre penas y medidas de seguridad, de carácter postdelictual y sólo aplicables a los inimputables o semiimputables. Para Valeije Álvarez, la crítica al sistema de medidas de seguridad que adolecía el planteamiento inicial del código al carecer de referencias a los imputables, desconocía la funcionalidad propia de las penas accesorias que venían a suplir esta falta. Este planteamiento novedoso de

discrecional que se confiere al juzgador para apreciar la peligrosidad delictiva, a diferencia de las medidas de seguridad, se anuda a la estructura del tipo penal resultando más respetuosa con el principio de culpabilidad y la entidad del hecho cometido. Esto exige, eso sí, una referencia constante a la condena misma de la que no debe desvincularse. Se trata en suma de una concesión a la discrecionalidad del juzgador frente a la penalidad tasada propia del principio de legalidad penal(16).

II. EL CARÁCTER RELATIVO DE LA ACCESORIEDAD

Para entender la funcionalidad de las penas accesorias respecto del conjunto de la condena debemos tener presente el carácter de relativa autonomía con que dicho elemento accesorio ha sido configurado por la jurisprudencia y las consecuencias que de ello se derivan(17).

---

la accesoriedad que rompe con la tradición anterior quedo frustrado con las reformas introducidas en la sección 5.ª por la LO 15/2003. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «De las penas accesorias a las penas complementarias», edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2021, p. 27.

(16) Es este quizás el punto más polémico de este tipo de penas, pues como apunta la citada autora en un artículo anterior «el empleo indiscriminado de esta clase de penas en relación a delitos de diversa y diferente gravedad está en contradicción con el principio de proporcionalidad de la pena en relación al delito cometido». VALEIJE ÁLVAREZ, I., «La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995». *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo 60, fasc/mes 1/2007, p. 248.

(17) No es muy común este entendimiento de las penas accesorias en el derecho comparado. En otros ordenamientos jurídicos se incorporan al catálogo de las medidas de seguridad o se prevén como una pena conjunta respecto de determinados hechos típicos. Tal es el caso del ordenamiento alemán que regula estas cuestiones como una medida de seguridad en el § 70 conteniendo previsiones específicas respecto de cada uno de los tipos penales. En el derecho francés la regulación de las sanciones adicionales contenida en el artículo 310-10 y 11, se aproximan más a las formas sustitutivas de cumplimiento, y concretamente en lo que se refiere a las prohibiciones de acercamiento quedan incardinadas entre las medidas de seguridad. Como hemos visto el ordenamiento italiano contiene una previsión sobre este particular en el artículo 19, precepto que ha dado lugar a un debate en la doctrina italiana sobre cuál sea el criterio que deba seguirse para distinguir estas penas respecto del resto de los efectos del delito. Tendrían la condición de penas accesorias las que afectan negativamente al penado en sus relaciones con terceros, bien limitando su capacidad de interaccionar o bien dando publicidad al fallo condenatorio. Entrarían, por el contrario, en la categoría de efectos penales cualesquiera otras consecuencias perjudiciales o negativas en ese mismo proceso o en otro distinto. El derecho chileno recoge también la posibilidad de penas accesorias en el artículo 22 entendiendo por tales «las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo».

En una primera aproximación, la accesoriedad que se predica de estas penas viene determinada en primer término por el tiempo de cumplimiento y concretamente por la duración de la pena principal. El artículo 33 del Código Penal previene, en su apartado sexto, que «las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente se fije para la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código» (18).

La dependencia de las penas accesorias no implica que estas no puedan cumplirse de forma autónoma al margen de la principal. De ordinario, lo normal es que la pena accesoria se adhiere al cumplimiento de la principal como si fuese una misma cosa, y aunque puede suceder que se cumplan por separado, esta posibilidad es marcadamente anómala (19). El hecho es que, si bien el legislador no descarta esta posibilidad, cuando esto sucede la pena se desvincula de las finalidades que fueron fijadas inicialmente en la sentencia y como veremos se aproxima en gran medida a las medidas de seguridad.

Lo relevante, sin embargo, como pretenderemos justificar en el presente trabajo, no es tanto el saber cuándo se ejecuta la pena, sino el cómo se lleva a efecto y cuál es la naturaleza de los derechos que se pretenden restringir. Estas restricciones vienen caracterizadas por la limitación de la posibilidad de relacionarse con terceros cuya interacción se estima inconveniente durante el tiempo de cumplimiento de la condena.

La ley castiga, así, como una consecuencia añadida, a la persona que ostenta el ejercicio de funciones públicas o al que se le habilita para el ejercicio de los derechos, y que defrauda la confianza puesta en la misma, excluyendo su participación en los asuntos públicos.

De igual modo, una persona que cuente con determinados conocimientos o habilidades o se aproveche de su posición para la comisión

---

(18) Esta declaración de dependencia puede envolver en algunos casos una quiebra de los plazos de duración previstos para esta concreta clase de pena, por lo que los marcos establecidos en el artículo 33 deben quedar restringidos a las penas principales, de ahí la existencia separada de la precisión contenida en este párrafo sexto. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995». *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo 60, fasc/mes 1/2007, p. 249.

(19) Para Mapelli Cafarena la disciplina de la accesoriedad se concreta en una serie de directrices que han sido de obligada aplicación hasta nuestros días, sin embargo, las sucesivas reformas han dado lugar a nuevas formas de accesoriedad que no respetan el planteamiento inicial del código, dando lugar a lo que viene en llamar accesoriedad limitada. Estos criterios apuntados por el citado autor son la automaticidad, la coincidencia temporal, la subsidiariedad y la simultaneidad. Véase MAPELLI CAFFARENA, B., «Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva». *Revista de estudios penitenciarios,* extra 2006, pp. 65-68.

de un delito presenta un factor de peligrosidad añadido frente al común del género humano.

El legislador por último ha previsto la imposición de prohibiciones de aproximación a las víctimas o de comunicación con aquellas, que se extienden más allá del tiempo del cumplimiento de la condena y en el que la accesoriedad presenta un carácter parcial, no lo es a la entera pena privativa de libertad, sino sólo a aquella parte de la pena que coincide en el tiempo con la accesoria. En estos supuestos en que la pena accesoria se cumple al margen de la pena principal, las medidas así adoptadas, al amparo de la pena accesoria, se aproximan notablemente a las medidas de seguridad, fundamentalmente a la libertad vigilada, hasta el punto de que en la práctica pueden coincidir al tiempo de ser aplicadas (20).

III. EL ELEMENTO TENDENCIAL Y DE PREVENCIÓN ESPECIAL EN LAS PENAS ACCESORIAS

En todos los casos el elemento tendencial del sujeto es determinante para definir su contenido y alcance. La jurisprudencia lo ha venido delimitando, exigiendo que se trate de un riesgo en concreto frente a personas perfectamente individualizadas, no siendo bastante

(20) En este sentido se pronuncia Leal Medina quien afirma que «la sanción penal de prohibición de residir o acudir a determinados lugares y las diferentes modalidades que la ley recoge, es por encima de otra apreciación, una medida de seguridad. Antecedentes históricos y motivos finalistas que se fundamentan en la prevención especial lo certifican» Leal Medina, J., «La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad» *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* núm. 7, 2001, pp. 1305- Véase, también en este sentido. Santos Requena, A. A: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal,* Granada, 2001, p. 43. Por su parte Rey Huidobro entiende que, pese a su ubicación sistemática, las prohibiciones del artículo 57 del CP, no son penas accesorias, ya que no acompañan siempre y en todo caso a la pena principal (que en estos casos podría incluso no ser privativa de libertad), sino que se trata de penas que los Tribunales pueden acordar en sus sentencias atendiendo a la «gravedad de los hechos» o «al peligro que el delincuente represente». «Son por tanto penas principales, valoradas autónomamente en su duración y sin relación con las principales previstas para los correspondientes delitos que allí se mencionan, pero que aparecen recogidas en este precepto en lugar de preverse como sería lo habitual, en cada figura delictiva». Véase Rey Huidobro, F. «Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión» en *Actualidad Penal,* núm. 45-46, pp. 1123 y ss.

un riesgo en abstracto de carácter genérico (21), y por otra parte, ha exigido para su imposición una relación directa entre el delito sancionado y el derecho que se priva al condenado (22).

Así, y con relación al riesgo en concreto, la STS de 695/2016, de 28 de julio (rec. 10071/2016), ponente Pablo Llarena Conde, analiza la aplicabilidad de la pena de alejamiento a los delitos de incendio y estragos. La cuestión que se suscitó en el recurso es si las prohibiciones de acercamiento, residencia o comunicación que se contemplan en el artículo 57 del Código Penal (en su remisión al artículo 48), quedan limitadas a los tipos delictivos agrupados en los títulos del Código Penal que se relacionan en el artículo primeramente indicado, o si el alejamiento es aplicable en todas aquellas figuras delictivas que compartan los bienes jurídicos que se protegen en dicha relación. La sentencia llega a la conclusión, que no procede su aplicación a los delitos contra la seguridad colectiva que se caracterizan por la indeterminación subjetiva del riesgo que introducen, pues –en términos de prevención especial– la pena de alejamiento se muestra ineficaz para enervar el riesgo de reiteración, cuando este riesgo no se proyecta sobre los sujetos singulares que se contemplan en los artículos 48 y 57 del Código Penal. No obstante, en aquellos supuestos en los que los delitos contra la seguridad colectiva anteriormente referidos, vengan a coincidir con una intencionalidad lesiva, que se materialice sobre sujetos concretos y singulares, sí resultará posible la imposición de la pena accesoria.

Este elemento tendencial también resulta igualmente patente al comparar la distinta naturaleza de la pena de inhabilitación cuando se impone como pena principal de cuando presenta el carácter de pena accesoria. La STS de 426/2016, de 19 de mayo, (rec. 2107/2015, ponente Juan Ramón Berdugo), recuerda que la pena de inhabilitación puede revestir el carácter de pena principal, como se establece en el artículo 42 CP, o accesoria, artículo 56 CP, y solo en este último caso, se exige para la imposición de la pena una relación directa entre el delito sancionado y el derecho del que se priva al condenado con la imposición de la inhabilitación (23). Cuando se trata de pena principal, como sucede con el delito de tráfico de influencias, que prevé la

(21) STS de 695/2016, de 28 de julio (Rec. 10071/2016), ECLI: ES: TS:2016:3924.

(22) STS de 426/2016, de 19 de mayo, (Rec. 2107/2015), ECLI: ES: TS:2016:2149.

(23) Véase sobre este particular, Colina Oquendo. P. «Comentario artículo 56», en *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, coord. Rodríguez Ramos, L., Rodríguez-Ramos Ladaria, G y Rodríguez de Miguel Ramos, J., Editorial La ley, 2023, editorial La Ley-Wolters Kluver, p. 187.

imposición de forma conjunta de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público con la de prisión, el artículo 42 solo exige que la sentencia especifique los empleos o cargos sobre los que debe recaer la inhabilitación y establece expresamente que esta pena alcanza no solo al empleo o cargo en el que se cometió el delito, sino también a la incapacidad para obtener el mismo, «u otros análogos», durante el tiempo de la condena (24). Debe precisarse que estas previsiones son aplicables respecto de la pérdida definitiva y no a las otras penas accesorias, expresadas en la parte inicial del precepto, es decir, a la mera suspensión de empleo o cargo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo STS 548/2003, de 9 de abril (rec. 3651/2001), STS 112/2003, de 3 de febrero (rec. 247/2001), 1716/2000, de 9 de noviembre (rec. 1297/1999), STS 1633/2001, de 18 de septiembre (rec. 388/2001, de 13 de marzo, STS 69/1999, de 26 de enero (rec. 969/1998), STS 430/1999 de 23 de marzo (rec. 97/1998), STS 1309/1999 de 25 de septiembre (REC. 1068/1998) y STS 1442/1999 de 18 de octubre (3103/1998) (25). Consecuentemente la jurisprudencia viene exigiendo que cuando la pena presente carácter accesorio, obligatoria en su genérica consideración y de carácter indefinido se especifique en la condena los cargos o empleos sobre los que recae la inhabilitación, en virtud del principio de interpretación restrictiva de la pena, no sólo para evitar una analogía generadora o indeterminada, sino en orden a neutralizar el elemento tendencial identificado en sentencia (26).

---

(24) La sentencia comentada precisa, no obstante, que es inviable un pronunciamiento que tratase de listar o enumerar todos esos hipotéticos cargos o empleos similares imaginables. Será suficiente muchas veces con una referencia más genérica (cargos o empleos análogos o que reúnan determinadas características), sin perjuicio de que en fase de ejecución en ocasiones puedan suscitarse incidentes en relación con ese punto que habrán de ser resueltos de manera específica con la correlativa posibilidad de impugnación.

(25) Véase también la Consulta de la fiscalía general del Estado núm. 2/2000, de 14 de diciembre, «Sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal».

(26) Como afirman los autores anteriormente citados la falta de fundamentación del alcance de la pena accesoria impuesta debe ponerse en relación con los preceptos constitucionales que garantizan el acceso a la función pública del artículo 23, la libre elección de profesión u oficio del artículo 35.1 y en su caso de la libertad empresarial. De este modo, la sentencia como título jurídico habilitante de la restricción de estos derechos debe contener una fundamentación conforme a la ley habilitadora de dicha restricción, véase STC 221/2001, de 31 de octubre., Colina Oquendo, P., «Comentario artículo 56», en *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, coord. Rodríguez Ramos, L., Rodríguez-Ramos Ladaria, G Y Rodríguez De Miguel Ramos, J., 7.ª edición, Editorial La ley, 2023, p. 187.

Fijada así la condición de este tipo de penas, en el que los elementos de peligrosidad y prevención especial son determinantes, se abordan a continuación el distinto tratamiento durante curso del cumplimiento de la pena y hasta la extinción de la condena (27).

IV. LA ACCESORIEDAD DE LAS PENAS: ¿A LA CONDENA O A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD?

Una primera aproximación sobre la naturaleza de las penas accesorias y que servirá de eje del presente trabajo, es aquella que toma en consideración los aspectos colaterales que el legislador estima indispensables asociar a la condena para inocuizar la persona del delincuente durante el tiempo de su cumplimiento. Como hemos apuntado, y pretenderemos justificar, su finalidad se vincula en la mayoría de los supuestos a la especial posición del sujeto condenado que resulta implícita en el tiempo que media hasta el cumplimiento de la condena.

El artículo 33 como hemos señalado fija la duración de las penas accesorias por remisión a la pena principal, pareciendo dar a entender que la accesoriedad que define su condición lo es en relación con una supuesta deferencia de unas penas sobre otras, que, sin embargo, no queda bien definida. Desde nuestro punto de vista, tal apreciación es bastante discutible. De entrada, el precepto comentado no se aplica a todos los casos, quedando excluido de su ámbito aquellos supuestos en que el código contenga una previsión específica. En otros pasajes del código –como el caso del derecho de sufragio pasivo (artículo 56 párrafo segundo CP y 44 CP), la inhabilitación absoluta (artículo 41, 55 y 572 CP) y la de especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y cargos tutelares (artículo 41, 45, 46, 156 bis y 177 bis 6 CP)– la remisión lo es expresamente al tiempo de la condena. Supuesto especial es el contemplado en el artículo 57 en el que se prevé que concurra sólo de forma parcial, sólo durante el tiempo de la privación de libertad, supuesto en el que la jurisprudencia viene reconociendo

(27) Sobre la oportunidad de este tipo de medidas Serrano Butragueño se muestra especialmente crítico dados los graves perjuicios que puede causar su imposición, estimando que este tipo de penas no responde a la finalidad de las penas privativas de libertad, que estarán orientadas a la reeducación y reinserción social recogidos en el artículo 25 de la CE, estimando que estas suspensiones deberían quedar limitadas como consecuencias accesorias de ciertos delitos, como ocurre en el Códigos Penales alemán y austríaco e incluso extraerlas del ámbito penal y dejarlas para el correspondiente derecho disciplinario. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «De las penas accesorias», en *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia),* Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 566 y ss.

una aplicación autónoma respecto de la privación de libertad cuando excede de este tiempo.

Todo lo cual, unido al carácter relativo de la referencia a la pena principal nos pone de manifiesto que la accesoriedad va mucho más allá que su asociación a una pena en particular, y muy en concreto con las penas privativas de libertad. Esta consideración, que vincula la pena, no a una pena en particular, sino a la condena en su conjunto, nos permite ofrecer una interpretación más avanzada, más acorde con la naturaleza propuesta, que define la razón de ser de las penas accesorias.

V. LAS DISTINTAS CLASES DE PENAS ACCESORIAS

La regulación de las penas accesorias en la parte general del libro I del Código Penal ha sido objeto de sucesivas reformas en los años 2003 y 2010, pero ha mantenido en lo esencial la arquitectura del sistema tal como fue concebida (28). Conforme a la redacción original se distinguían tres tipos de penas: las propiamente accesorias, las alternativas y las cumulativas (29).

Bajo este paradigma, y conforme a la inicial redacción del código penal, las que hemos designado como propias se vinculaban de una forma biunívoca con la pena principal, sin margen a la discrecionalidad, y fijaban su duración durante todo el tiempo de la condena (30). Entre estas cabe incluir la inhabilitación absoluta del artículo 55 y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de

(28) Cabe destacar que en este tiempo las penas de inhabilitación toman una especial importancia como consecuencia de las directrices impuestas por la Unión Europea, concretamente la comunicación de la Comisión de 21 de febrero de 2006, del Consejo y el Parlamento Europeo en materia de penas privativas de derechos. La recomendación citada establece una vinculación entre la potenciación de este tipo de sanciones y la reducción de las penas de cárcel. Véase sobre este particular Valeije Álvarez, I., «De las penas accesorias a las penas complementarias», edit. Tirant lo Blanc, 2017, p. 155.

(29) Seguimos en esto la sistemática seguida por Mapelli Cafarena, si bien entendemos que la pena del artículo 56.1.2 presenta más puntos de contacto con el artículo 55 del CP, apartándose del esquema de las accesorias impropias de carácter alternativo. Véase, Mapelli Cafarena, B., «Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva», *Revista de Estudios Penitenciarios,* extra 2006, p. 70.

(30) Según Valeiije Álvarez conforme «al diseño original del Código Penal de 1995, al lado de las accesorias tradicionales reducidas a la inhabilitación absoluta para penas privativas de libertad las restantes penas previstas en el artículo 56 como las del artículo 57 (y este último si atendía criterios de gravedad y peligrosidad del autor funcionaban como auténticas penas complementarias. Valeije Álvarez, I., «De las penas accesorias a las penas complementarias» Edit. Tirant lo Blanc, 2021, p. 27.

la condena que se contempla en el apartado segundo del artículo 56.1 del Código Penal. Estas penas responden al sistema tradicional de la penalidad accesoria de carácter vinculante y con escaso margen para la discrecionalidad por parte del juzgador.

Más complejo es el caso de las inhabilitaciones que se contemplan en los apartados 1.º y 3.º del Código Penal que hemos denominado alternativas. Estas implican una restricción muy específica del ejercicio de ciertas actividades cuya concreta determinación queda al albur de las circunstancias del caso. Respecto de estas penas, el legislador remite al criterio del juzgador tanto la determinación del contenido como el tiempo de duración, a cuyo efecto establece un catálogo de inhabilitaciones, que dado los términos empleados cargo profesión, oficio industria, comercio o cualquier otro derecho, permite extenderse a cualquier tipo de actividad. La jurisprudencia se ha centrado en estos aspectos, como consecuencia de la exigencia de una relación directa con el delito cometido, sin entrar en la espinosa cuestión del tiempo en que deba hacerse extensiva. Esta dificultad se ha venido salvando haciendo remisión al criterio de duración de la condena contemplado en el apartado segundo del propio precepto y en el artículo 55, pero no tiene por qué ser así. De hecho, como hemos señalado muchos serán los casos en que la pena accesoria deba cumplirse de forma autónoma. Lo relevante al caso es que aun cuando son de imposición obligatoria, arbitran un margen de apreciación que le hace especialmente idóneas para fijar una penalidad adecuada al perfil criminológico que se deriva del hecho cometido.

La tercera de las categorías es la que atiende a las penas accesorias cumulativas o adicionales que se contemplan en el artículo 57 del Código Penal, penas cuyas características rompen el molde de lo que deba entenderse por accesoriedad y a la que dedicamos el epígrafe siguiente. Cabe adelantar que las dificultades que la doctrina ha encontrado para encuadrar dentro del formato original de la penalidad accesoria, obedecen a un erróneo entendimiento de lo accesorio como algo meramente formulario, sin tomar en consideración las razones de prevención especial y peligrosidad que están implícitas en este tipo de penas.

VI. ESPECIALIDADES DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL

Las medidas de prohibición previstas en el artículo 57 CP presentan carácter dependiente, pero, como hemos apuntado anteriormente, a diferencia de las previstas en el artículo 56 no lo son a una pena

privativa de libertad sino a la condena misma, que es la que delimita el momento de su ejecución (31).

Es por esto, por lo que el legislador distingue una eficacia propia cuando viene asociada a una pena de prisión fijando en tal caso una duración propia y distinta de la que está asociada a la pena privativa de libertad. El legislador podría haber optado por estimar no computable el tiempo que el sujeto permanece en prisión (véase artículo 75 CP), pero no lo ha hecho, y esto no porque una suceda a la otra, sino porque la medida se aplica en función de la situación de peligrosidad que es inherente al sujeto que comete estos delitos antes, durante el tiempo en que se encuentra en prisión e incluso con posterioridad en el tiempo de uno a cinco o uno a diez años siguientes a su licenciamiento.

Debe tenerse presente también que en el caso de que estas medidas no estén asociadas a una pena de prisión su imposición no sólo es facultativa, sino que además se mantendrá durante el tiempo de su cumplimiento y durante un tiempo superior entre uno y cinco o uno y diez años.

Para un sector de la doctrina, su naturaleza es la propia de las medidas de seguridad frente a persona imputable, pues como afirma Leal Medina «con su aplicación, no se vislumbran otros objetivos, que no sean la de impedir y evitar la futura comisión delictiva. A pesar de que el legislador haya optado por su nominación de pena accesoria, lo cierto es que hay serias dudas de que así lo sea» (32). Leal Median apunta también que es un tipo de accesoriedad extraña porque no está prevista en referencia a una pena principal, sino que opera en función de determinados delitos, responde a criterios de peligrosidad delictiva y no de la gravedad de las penas y no ajusta su duración a la pena impuesta (33). Otros autores la califican, en cambio, como pena principal adicional a las penas previstas para los delitos comprendidos en

(31) Hernández García apunta la tensión constitucional que tuvo su aplicación como consecuencia del régimen de imposición preceptiva, dudas que fueron resueltas por la STC68/2010, y posteriormente por el TJUE en los casos acumulados Gueye y Salmerón, de 15 de septiembre de 2011, véase Hernández García, J., «Comentario al artículo 57 del Código Penal», en la obra colectiva *Comentario al Código Penal, 1*er *tomo* dir, Cuerda Arnau, M. L. y coord. Raga i Vives, A., editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2025, p. 510.

(32) Leal Medina, J., «La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley,* Sección Doctrina, 2001, Ref. D-234, tomo 7, p. 6.

(33) Leal Medina, J., «La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad», obra últ. cit., p. 7. Véase en este mismo sentido, De Lamo Rubio, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, editorial Bosch, Barcelona, 1997, p. 214.

el artículo 57.1 CP y que presenta la peculiaridad de que se regula exclusivamente en la parte general del texto punitivo (34). En este sentido, Pérez Rivas estima que sería un supuesto semejante al previsto en el artículo 558 del CP en el delito de desórdenes públicos en el que se prevé, como pena principal facultativa adicional, la prohibición de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza (35).

Anteriormente hemos señalado que existe muchas razones para asimilarlas a las medidas de seguridad, sobre todo cuando la pena no está asociada a la pena principal en el que su aplicación puede producirse durante el mismo tiempo y con la misma extensión que la libertad vigilada. Si esta exige una propuesta con dos meses anteriores al licenciamiento por parte del juez de vigilancia penitenciaria al objeto de someter al penado a medidas restrictivas, también será en este tiempo cuando tenga lugar la aplicación de las medidas del artículo 57 CP. El hecho es que existen datos que las distancian de las medidas de seguridad y le acercan a las penas accesorias como es el dato de que su extensión depende de la gravedad del delito, su modo de aplicación no viene determinado por un pronóstico de reincidencia sino que se fija en atención a los parámetros tenidos en cuenta al tiempo del dictado de la sentencia y puede ejecutarse durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad e incluso con anterioridad como luego habremos de justificar. Todo ello le diferencia de la libertad vigilada.

Ciertamente esta última aseveración no resulta clara del tenor literal de la norma. Una interpretación literal de las prohibiciones del artículo 57, caso de estar asociadas a una pena privativa de libertad, es que el inicio de su cumplimiento coincidiría con el ingreso del penado en un establecimiento penitenciario, y solamente luego, de que el penado se hubiese licenciado, habría de iniciarse el tiempo de cómputo (36). Cabe entender, sin embargo, que esto no tiene por qué ser necesariamente así. De hecho, cuando no están asociadas a una pena privativa de libertad el tiempo natural del inicio de cumplimiento lo es al tiempo del requerimiento, y no

(34) Hernández García, J., «Comentario al artículo 57 del Código Penal», en la obra colectiva *Comentario al Código Penal,* primer tomo, dir, Cuerda Arnau, M. L. y coord. Raga i Vives, A., editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2025, p. 510.

(35) Pérez Rivas, N., «Sanciones orientadas a la protección de la víctima la pena de alejamiento», *Revista Dereito,* Vol.24, n.º 2:21-57 (Xullo-Decembro, 2015) USC, Santiago, 2015, p. 24.

(36) En este sentido y con relación a la anterior redacción del precepto, la STS 1471/2000, de 2 de octubre, afirma que el comienzo de la mencionada prohibición de residencia condicional o se produzca la salida de la prisión por cualquier otra causa con la debida autorización. La STS 1471/2000, admite un criterio más abierto, admitiendo una doble discrecionalidad que alcanza tanto al a duración de la pena como a la determinación del momento inicial del cómputo.

existe razón alguna que explique un distinto funcionamiento de la medida cuando está asociada a una pena privativa y cuando no. Por otra parte, ningún menoscabo de los derechos del penado se produce por este hecho, sino más bien al contrario. Ningún perjuicio se deriva del hecho de que la pena empiece a cumplirse con anterioridad a su ingreso en prisión, bien desde que ha sido o requerido o incluso antes, cuando la pena viene precedida de una medida de la misma naturaleza.

La justificación de este posicionamiento se encuentra en la propia naturaleza de la medida prevista en el artículo 57, la cual se califica de accesoria, pero accesoria con respecto ¿a qué? Parece que a la pena privativa de libertad no. Lo que es claro, cuando menos en el caso del apartado primero del indicado precepto, que no tiene por qué estar asociada a un tipo de pena en concreto y que una interpretación sistemática nos lleva a la conclusión que deba serlo a la condena misma. En mi opinión, cuando existe un pronunciamiento de esta índole estamos ante un efecto declarativo que se deriva de la propia naturaleza de la sentencia. De este modo, la accesoriedad debe predicarse del propio pronunciamiento de condena sin entrar en más divagaciones. De ser así, la pena debe y puede empezarse a cumplir luego de la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de compensar, luego del licenciamiento, el tiempo que puedan haberse ejecutado con carácter previo al ingreso del interno en el centro penitenciario. Esta vinculación con la condena misma y no con cada una de las penas privativas de libertad impuestas, se muestra también en el criterio seguido por la jurisprudencia respecto de la acumulación de condenas que propugna una limitada aplicación del techo penológico del artículo 76 CP que no se haría extensivo a las accesorias de prohibición de aproximación (véase por todas la STS 809/2021, de 21 de octubre (37).

La sentencia en su caso podrá establecer las previsiones que hayan de ser tenidas presentes en este tiempo y adecuar el cumplimiento a las circunstancias del caso, pero un correcto entendimiento de las previsiones del artículo 57 del Código Penal debería de partir de la vigencia de la medida desde el momento de la firmeza de la sentencia, y esto, sin solución de continuidad caso de que exista una previa medida cautelar.

(37) Se señala así en la sentencia que «la singularidad axiológica y teleológica del mecanismo de acumulación de penas del artículo 76 CP justifica, sobradamente, su limitada aplicación a las penas privativas de libertad pues es la ejecución de estas la que puede poner en alto riesgo los derechos fundamentales constitucionales del sistema penal y no se contempla respecto de estas fórmulas de atemperación… La comisión de varios delitos que lesionen bienes jurídicos como la integridad física, la vida, la libertad o la seguridad de las personas merecedoras de una especial protección, presta fundamento a un juicio propio de merecimiento respecto del tiempo total de las penas accesorias impuestas». STS 809/2021, de 21 de octubre, ponente Javier Hernández García, ES: TS:2021:3893.

VII. LA VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PROHIBICIÓN TRAS EL DICTADO DE LA SENTENCIA

1. **La transformación de las medidas cautelares en penas**

Una de las cuestiones, que ha presentado más viva polémica en relación con las penas accesorias, es el mantenimiento de las medidas cautelares de prohibición luego del dictado de la sentencia y hasta que el penado es requerido para su cumplimiento. Su entendimiento nos remite a una cuestión que de ordinario es omitida en los textos procesales como es la transformación de lo cautelar en definitivo.

La transformación de las medidas cautelares en penas es cuestión bastante más compleja que lo que suele pensarse. Las medidas cautelares responden a la necesidad de aseguramiento de la eficacia de la sentencia una vez que deviene firme, pero no suponen un cumplimiento anticipado.

Por su parte, la eficacia de los pronunciamientos judiciales en ejecución de sentencia no deriva sólo del reconocimiento de un nuevo orden jurídico (efecto declarativo o constitutivo dependiendo de su eficacia frente a terceros), sino que exige en la mayoría de los casos una modificación de la realidad presente adecuando ésta a la nueva ordenación (efecto ejecutivo). En otros supuestos, por el contrario, el estado de cosas, tenido presente al tiempo de su dictado, no se corresponde con la realidad cambiante del tiempo de su ejecución y requiere adecuar sus dictados a los cambios producidos (efecto restaurativo) (38).

En el primero de los casos, lo acordado cautelarmente se convierte en definitivo sin necesidad de pronunciamiento alguno. Por el contrario, tratándose de medidas ejecutivas o restaurativas será necesaria una resolución que haga propia la pretensión cautelar y la convierta en un pronunciamiento definitivo.

---

(38) Entrando en los pronunciamientos declarativos, como es sabido, la eficacia de la sentencia se produce desde el mismo momento de su dictado. En este tipo de sentencias la eficacia se limita al reconocimiento de un nuevo orden jurídico al que los interlocutores jurídicos afectados por la cosa juzgada habrán de adecuar su comportamiento. Cuando además de esta condición el pronunciamiento en cuestión deba producir efecto con relación a tercero sus previsiones tendrán eficacia desde el momento que se dé a aquellas la publicidad que le sea propia, véase su inscripción en el registro correspondiente. Así resulta del artículo 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se previene no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas y las constitutivas, entendiéndose que las primeras producen efecto desde el tiempo de su dictado, mientras que las constitutivas en la medida que pueden producir efecto respecto de tercero exigen la necesaria publicidad.

El problema cuando tratamos de la ejecución penal es que deba entenderse como constitutivo, declarativo y ejecutivo, en un ámbito, en el que el principio de especialidad de las penas requiere una adecuación a los fines de reinserción que le son propios.

En principio, lo declarativo y lo constitutivo no son ajenos a lo que es objeto del proceso de ejecución penal. En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2022 se reconoce la condición de meramente declarativa de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento y privación de la patria potestad. Respecto de estas penas el artículo 937 del APLECrim, previene expresamente que se tomará como fecha inicial aquella en la que la sentencia haya alcanzado firmeza (39).

Criterio parecido, pero distinto, es el que se adopta respecto de la pena de inhabilitación absoluta y suspensión de empleo o cargo público, en cuyo caso se previene que su cumplimiento se reconducirá a la remisión de una comunicación al órgano encargado, señalándose expresamente que tan pronto el órgano requerido haya indicado la fecha de inicio de la ejecución de la pena, el letrado de la Administración de Justicia practicará liquidación de condena, que comunicará al organismo público para que proceda a su ejecución.

En el resto de los supuestos, en el que el penado es condenado al cumplimiento de una prohibición se previene la necesidad de un

---

(39) Tales previsiones entran en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que nace de la importantísima STS 710/2023, de 28 de septiembre (rec. 1084/2023), ponente Javier Hernández García, en esta se estima que pese a las previsiones de carácter automático contenidas en el artículo 192.1 CP, este tipo de penas requieren la audiencia de las personas afectadas y concretamente de los menores afectados, que deberán siempre ser oídos en un incidente. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Véase también la STS 869/2023, de 23 de noviembre (rec. 6684/2021), ponente Marchena Gómez, afirma tajantemente, que «no puede disociarse los contenidos normativos de la relación de patria potestad y de las condiciones que para la obtención de los fines de protección de los menores se regulan tanto en el Código Civil como en las distintas leyes autonómicas sobre la materia. Un buen ejemplo de lo antedicho lo encontramos en el artículo 160 CC donde se establece que «los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial». Es obvio, que la pena de inhabilitación especial no extingue por sí el derecho de los menores al contacto parental. Su limitación reclamará, en los propios términos precisados el artículo 46 CP, una evaluación de su oportunidad a la luz de las circunstancias del caso concreto». En el mismo sentido, STS 745/2023, de 5 de octubre (rec. 10061/2023), STS 770/2023, de 17 de octubre (rec. 6223/2021), STS 24/2024, de 11 de enero (rec. 10634/203) y STS 30/2024, de 11 de enero (rec. (10711/2023).

requerimiento expreso, tiempo a partir del cual ha de entenderse que tendrá efecto el cumplimiento de la pena y habrá de ser computado como punto de partida de la liquidación de condena.

Pero debe tenerse presente que, aun tratándose de un pronunciamiento no meramente declarativo, en muchos de estos supuestos, no existe solución de continuidad entre la medida cautelar y su ejecución. Tal sucede en el caso del preso preventivo que habiendo sido condenado a una pena de prisión permanece en esta condición luego de su dictado. Por mucho que la prisión preventiva deje de tener razón de ser tras la firmeza de la sentencia, el condenado habrá de permanecer privado de libertad. No resulta óbice el hecho de que la prisión inicialmente acordada habría tenido el carácter de preventiva y que tras el dictado de la sentencia pase a tener la condición de pena definitiva, con las consecuencias inherentes al diferente tratamiento penitenciario que tienen una y otra medida. El penado seguirá cumpliendo en prisión, aunque su condición sea muy distinta, y como es también conocido, ambos periodos se computan sin solución de continuidad en la liquidación de la condena.

2. Las medidas de prohibición luego de dictada sentencia y hasta la declaración de firmeza

La cuestión se ha presentado especialmente compleja respecto de aquellas otras medidas cautelares distintas de la prisión que luego de dictada sentencia pasan a tener el carácter de definitivas, particularmente en lo que se refiere a la medida de prohibición de aproximación y de localización permanente.

Sobre este particular, pese a las iniciales dudas, la cuestión del mantenimiento de las medidas tras el dictado de sentencia y hasta que esta deviene firme, es una cuestión que ya está resuelta hasta la saciedad por la jurisprudencia, en el sentido que resulta improcedente que unas medidas, normalmente dictadas por el juzgado de instrucción, puedan mantenerse luego de que se dicte sentencia y hasta que deviene firme sin que exista una expresa previsión de su mantenimiento en sentencia. Ciertamente, el artículo 69 de la ley de Violencia de Género admite en este ámbito esta posibilidad aun tratándose de sentencias absolutorias, al señalar: «las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen», pero en tal caso como se indica al renglón siguiente «deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas».

Al amparo de esta última previsión, este precepto fue objeto de una interpretación restrictiva por la STC 16/2012, de 13 de febrero (BOE núm. 61, de 12 de marzo), por entender que, decayendo el fundamento de la medida, es necesaria una convocatoria a vista que normalmente se desarrolla al final del juicio al objeto de resolver lo procedente, siempre con carácter cautelar (40). En este sentido, la previsión del precepto mencionado es clara en el sentido de que deberá de hacerse constar en sentencia, y cabe hacerlo extensiva a cualquier otra medida de esta clase particularmente con relación a los delitos de terrorismo.

3. **Mantenimiento de las medidas cautelares tras el dictado de sentencia**

Cuestión distinta es el mantenimiento de las medidas acordadas desde que se dicta sentencia firme y hasta que se requiere de cumplimiento de la pena. Entiendo que sobre este tipo de situaciones hay buenas razones para justificar ambas posiciones. De entrada, resulta cuando menos paradójico pretender que unas medidas que se acuerdan por la situación de grave riesgo para la víctima queden en un limbo jurídico, precisamente cuando más necesidad hay por el riesgo de revancha.

Quienes se muestran contrarios a reconocer este efecto parten de la jurisprudencia anteriormente citada en relación con las sentencias definitivas y de una diferenciación de conceptos entre lo definitivo y lo cautelar, que no comparto. Ciertamente, las medidas cautelares están dirigidas a asegurar el cumplimiento de la sentencia y no para dar lugar a un cumplimiento anticipado de la condena, pero el que esto sea así no determina una incompatibilidad de razón entre unas y otras.

Por el contrario, quienes no lo entienden así, fundamentan su pretensión en que el mantenimiento de las medidas, cuando estas son ratificadas íntegramente en sentencia, presentan una identidad de razón con las medidas privativas de libertad, ambas son restricciones a la libertad personal que deben ser tomadas en consideración cuando son confirmadas y compensadas a los efectos de la liquidación de la pena. Si nadie pone en duda la viabilidad del mantenimiento de las medidas privativas

(40) Tal interpretación fue confirmada en la STC 83/2021, de 3 de febrero (rec. 1214/2019), en la que en un supuesto de archivo provisional en el que no se había hecho previsión de cancelación de la medida, y encontrándose en este estado de archivo el reo reincide en la comisión de hechos de la misma naturaleza.

de libertad como la prisión luego de dictada sentencia, ninguna razón justifica que no puedan producir este efecto las medidas del artículo 48 del Código Penal. De no entenderse así, muchas personas que por ejemplo han empezado a cumplir porque han entendido que la sentencia es firme, se verían en la tesitura de que deberán esperar el inicio del cumplimiento de la pena hasta que son formalmente requeridos, perdiendo en la liquidación de condena un tiempo en el que quedarán sujetos a un estado de incertidumbre jurídica (41).

El anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2022 parte de la necesidad de un requerimiento expreso a partir del cual la sentencia empezará a producir efecto, siendo este momento el que debe ser tenido presente por el letrado de la Administración de Justicia en orden a la liquidación de la condena. En este sentido el artículo 933 del Anteproyecto de LECrim es claro al señalar: «Las penas de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, de aproximarse a la víctima o a otras personas determinadas o de comunicarse con ellas se ejecutarán requiriendo personalmente a la persona condenada para que las cumpla, con indicación expresa de los lugares y personas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las referidas penas».

Con todo, la interpretación contraria no es totalmente descartable. El artículo 932 del Anteproyecto, en el que se regula la liquidación de condena de las penas privativas de derechos, parece articular esta posibilidad de continuidad en el tratamiento de las medidas al señalar: «en la liquidación se abonará el tiempo en que la persona condenada haya estado sometida a una medida cautelar de la misma naturaleza». Por tanto, si cabe asimilar una y otra medida es claro que los fundamentos para su mantenimiento son los mismos antes y después de dictada sentencia.

Una variante de esta interpretación es la que sostiene que se podría producir este efecto si expresamente se contiene una expresa mención en la propia sentencia de su mantenimiento en ejecución y hasta el requerimiento. Como expondré a continuación esta explicación parte de una especie de condena de futuro de carácter condicio-

(41) Sobre esta posibilidad es de tener presente las previsiones contenidas en el artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento criminal que tras la reforma por la ley de eficiencia 1/2025, de 2 de enero previene en su apartado noveno la posibilidad de ejecución inmediata, en cuyo caso el tribunal se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión de la pena impuesta o su sustitución, cuando proceda. También resolverá el juez, jueza o tribunal sobre los aplazamientos de las responsabilidades pecuniarias y se realizarán, en cuanto fuera posible, los requerimientos y liquidaciones de condena de las penas impuestas en la sentencia.

nado, haciendo extensivo lo que es cautelar más allá de lo que constituye su objeto, lo que de suyo es dudoso. Cuestión distinta es que el juzgador en este ínterin que sigue a la declaración de firmeza deba adoptar las necesarias prevenciones para adaptar la distinta naturaleza de una y otra medida, y hasta que el condenado es conocedor de este hecho.

Por todo ello y a la vista de lo que acontece con la medida de prisión, la razón última del mantenimiento de las medidas accesorias del artículo 57 del Código Penal obedece a la naturaleza de este tipo de medidas de carácter instrumental, tal condición determina que deba producir efecto desde el mismo momento en que la sentencia es declarada firme y se ordena su ejecución, y que no exista solución de continuidad entre la medida cautelar y la medida cuando es ratificada en sentencia. En este sentido, se pronuncia Magro Servet, quien comentando la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la exigencia de un requerimiento personal expreso para apreciar este delito (42), afirma que «tampoco es preciso indicar cuándo empieza la orden, ya que si existe medida cautelar previa y se trata de sentencia es prolongación de la medida y si no hay lo es desde ese momento» (43). Y es que lo decisivo en el caso de las penas accesorias no es tanto la restricción de su libertad personal como la publicidad de las restricciones de su capacidad de relacionarse con terceros, hecho para lo cual no es necesario tanto un requerimiento expreso como un conocimiento bastante de la situación antijurídica que supone el acercamiento a la persona de la víctima, y, por ende, el riesgo para el bien jurídico protegido.

---

(42) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado que no es preceptivo un requerimiento expreso al afectado por la orden de alejamiento bastando la notificación de la resolución judicial, véase la STS 691/2018 de 21 de diciembre (rec. 2357/2017), sentencia en la que se afirma que el tipo del artículo 468 del Código Penal «requiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de esta. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone». Véase en este sentido la STS 886/2010, de 20 de octubre (rec. 10617/2010); STS 511/2012, de 13 de junio (rec. 11912/2011), STS 799/2013, de 5 de noviembre (10592/2013). Por otro lado, y en el mismo sentido, el conocimiento de la existencia de la orden de alejamiento ha sido considerado suficiente para un pronunciamiento de condena, véase STS 368/2020, de 2 de julio (10733/2019).

(43) Magro Servet, V., «Praxis jurisprudencial sobre el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 CP», *Diario La Ley,* núm. 10015, Sección Doctrina, 22 de febrero de 2022, p. 17.

VIII. EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS ACCESORIAS DESVINCULADAS DE LA CONDENA PRINCIPAL

La anterior cuestión se vincula a la que de seguido se aborda y que ha sido también fuente de quebraderos de cabeza para la doctrina y la jurisprudencia. Nos referimos a la relativa a la vigencia y el momento del cumplimiento de las penas accesorias cuando la principal se haya suspendido o de cualquier otro modo haya decaído o se desvincule del cumplimiento de la pena principal (44). Sobre este particular como hemos apuntado al inicio de nuestra exposición la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado tajante señalando el carácter de relativa accesoriedad de las penas contempladas en la Sección 5.ª, del capítulo I, del título III de las penas accesorias, de modo que, desvinculado el penado del cumplimiento de la pena privativa de libertad, esto no quita para que pueda procederse al cumplimiento de la pena accesoria dependiente de aquella (45).

La tesis contraria ha sido sostenida en nuestra doctrina de forma especialmente proactiva por Silva Sánchez, quien ha afirmado que manejando para ello los tradicionales cánones de la interpretación jurídica: a) el gramatical, b) el histórico, c) el sistemático y d) el teleológico, las penas accesorias, precisamente por serlo, deben seguir la suerte de su principal, salvo que la ley disponga lo contrario (46). Parece claro, a juicio de dicho autor, que las excepciones a instituciones con fundamento constitucional manifiesto como es el de la suspensión condicional (con base en el principio de resocialización del

(44) En el derecho italiano la reforma de 1990, amplió la posibilidad de aplicar la suspensión condicional a las penas accesorias, posibilidad que de hecho se encontraba ya muy restringida al estar excluida su aplicación en los procedimientos por decreto, así como en el acuerdo de conformidad que prevé la prohibición de aplicar penas accesorias cuando la pena principal impuesta no exceda de dos años, lo que como señala Constanza Bernasconi «supone una recompensa muy significativa, en algunos casos incluso superior respecto a la que podría derivarse de la reducción de la pena prevista». Bernasconi, C., «Penas Accesorias en el ordenamiento jurídico italiano», *Revista Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén,* Segunda Época, 23, e7846, 2023, p. 4.

(45) Véase por todas SSTS 950/1999, 19 de julio (rec. 3362/1998, ECLI: ES: TS:1999:5241) y STS 750/2021, de 21 de octubre (causa especial 21019/2019, ECLI: ES: TS:2021:3638).

(46) Silva Sánchez, Jesús María. «La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio». *Actualidad Penal*, 1999, Ref. XXXIX, tomo II, p. 755 y 756.

artículo 25.2 de la CE) deben indicarse de modo expreso por el legislador y no pueden presumirse en contra del ciudadano (47).

Sin embargo, como hemos apuntado, este no es el criterio generalmente aceptado, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia (48). La doctrina más asentada ha venido entendiendo que el Código Penal de 1995 suprimió el automatismo que tradicionalmente había caracterizado la imposición de las penas accesorias, de forma que ésta ya no depende exclusivamente de la extensión de la pena principal, sino que se encuentra condicionada por la gravedad del delito y su relación con los derechos susceptibles de privación o restricción, exigencia que afecta a todas las penas enumeradas en el precepto. Esto determina necesariamente que, si ninguno de los derechos susceptibles de privación o restricción guarda relación con el delito cometido, el Juez deberá abstenerse de imponer penas accesorias. Sin embargo, el motivo determinante para inclinarse por aquella otra postura, como apunta Rey Huidobro radica, en la redacción del artículo 80 del CP cuando dice que «los Jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad...». Si hubiese sido intención del legislador extender la suspensión igualmente a las penas accesorias privativas de derechos, no habría efectuado la concreción de «las penas privativas de libertad» y habría utilizado el término «penas» exclusivamente (49). En este mismo sentido, se postula también García Arán con fundamento en lo dispuesto en el artículo 56

(47) En este mismo se han posicionado Sánchez Yllera, I., «Comentario al artículo 81», en *Comentarios al Código Penal de 1995,* coord. por Vives Antón, T. S., p. 479; y Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 4.ª ed., Barcelona, 55 1994, pp. 557. Algunos autores como Gutiérrez Castañeda modulan este criterio optando al menos de *lege ferenda* por la admisión de un ámbito valorativo por el juzgador. Gutiérrez Castañeda, A., «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* núm. 5, 2004, pp. 1274-1282.

(48) En favor del carácter autónomo de las penas accesorias se posicionan Magro Servet, «La suspensión de la Ejecución de la Penal» en *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, 2.ª edición, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2010; García Albero, R., «Comentario a los arts. 54, 55 y 56», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. Quintero Olivares, G. y coord.. Morales Prats, F., 2.ª ed., Pamplona, 2001, pp. 379 y ss; Pozuelo Pérez, L., *Las penas privativas de derechos en el Código Penal,* Editorial Colex, Madrid, 1998, p. 24; Mapelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito,* 3.ª ed., Madrid, 1996, pp. 179 y ss, y Bernal Valls, J., «Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal», en *Revista General de Derecho,* núm. 652-653, 1999, p. 30.

(49) Rey Huidobro, L. F., «Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión», *Actualidad penal,* núm. 45-46, tomo 2, 2003, p. 1123.

CP (50), precepto que establece que la pena accesoria sólo se aplica si tiene relación con el delito cometido, previsión que introduce un criterio de valoración propio y distinto de los previstos para la imposición de las penas privativas de libertad (51).

Este es también el criterio mantenido por el Tribunal Supremo y que ya había sido apuntado por el Constitucional respecto de las penas, que conforme al artículo 97 del Texto Refundido de 1973 no eran susceptibles de suspensión, véase STC 209/1993, de 28 de junio (BOE núm. 183, de 2 de agosto) y STC 165/1993, de 18 de mayo (BOE núm. 147, de 21 de junio). Dichas sentencias dictadas hallándose en vigor aun la precedente ordenación penal, dispusieron que el cumplimiento de la pena privativa de derechos que se había impuesto como accesoria a una privativa de libertad, no depende ni puede depender de la situación personal del condenado según este en libertad o en prisión (52).

Con posterioridad, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de STS 950/1999, 19 de Julio (rec. 3362/1998) sienta el criterio de la sala y se acoge a la redacción literal del entonces artículo 80 CP. Se señala que la resolución denegando la extensión de la suspensión de condena a las penas privativas de derechos (suspensión de cargo público) tiene su apoyatura en la Ley, que establece la suspensión de condena únicamente para las «penas privativas de libertad» (artículo 80.1.º del CP de 1995). También con cita en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera razonable y constitucionalmente legítimo limitar legalmente la suspensión de condena a las penas privativas de libertad y no extenderla a las privativas de derechos, «dada la distinta naturaleza, así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter», por lo que «el distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos tienen un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (STC 209/1993, de 28 de junio, BOE núm. 183, de 2 de agosto). Concluye así que la condena

(50) García Arán, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Thompson Reuters Aranzadi, 1997, p. 103.

(51) A este argumento debe añadirse los antecedentes del precedente Texto Refundido de 1973, que si contenía una previsión expresa sobre este particular en el artículo 97, aunque sólo de las penas de sufragio pasivo y cargo o función pública. Parece claro si el legislador de 1995 hubiera querido que esta última pena quedara también excluida de la suspensión condicional, debería haberla incorporado, de forma que al no haberlo hecho la accesoria mencionada quedaba al margen de la prohibición.

(52) Bien sea dicho que, en dicha jurisprudencia, el Tribunal Constitucional toma en consideración la suspensión de las penas accesorias sólo respecto de las de larga duración.

condicional está concebida exclusivamente «para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación, mientras que el fundamento de la inelegibilidad en el proceso electoral (pena concreta accesoria impuesta) que acompaña a la privativa de libertad, no está en función del cumplimiento efectivo de la mencionada condena, sino en ese pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido del proceso electoral» (STC 165/1993 de 18 de mayo, BOE núm. 147, de 21 de junio). Este criterio fue confirmado por el tribunal constitucional en la STC 221/2001, de 31 de octubre.

Tal línea jurisprudencial, sin embargo, fue matizada al hilo del llamado, caso Alberto Rodríguez, en las conocidas sentencias STC 8/2024, de 16 de enero (BOE núm. 45, de 20 de febrero), y STC 18/2024 de 31 de enero (BOE núm. 53 de 29 de febrero), en el que el Tribunal Constitucional enmendó la plana al Tribunal Supremo, poniendo de manifiesto las consecuencias inicuas que pueden derivarse del mantenimiento de la pena accesoria cuando la pena es degradada por su extrema levedad (53).

En aquel caso, la pena de prisión impuesta se había transformado en multa como consecuencia de las previsiones contenidas en el artículo 71.1 CP, precepto que no admite la rebaja en grado cuando la pena es inferior a tres meses. El Tribunal Supremo admitió la degradación de la pena a la de multa, pero sin hacer extensiva tal pérdida a la accesoria de inhabilitación del diputado requiriendo de su cumplimiento a la mesa del Congreso. Se afirmó expresamente en la sentencia del Supremo que da motivo al recurso de amparo planteado, que: «la sustitución no afecta a la pena accesoria de prisión. […] Y las penas accesorias son una consecuencia de la privación de libertad, y no de su ejecución». Como señala Cuerda Riezu cuando se intenta averiguar algo más de esta lacónica, pero decisiva conclusión, no hay nada que sirva de ayuda en la sentencia. Solamente podemos recurrir a la afirmación que hace el presidente de la Sala Segunda en su misiva a la presidenta del Congreso al objeto de que dé cumplimiento a la inhabilitación del diputado: «La pena de prisión es el desenlace punitivo asociado a la conducta que se declara probada, sin perjuicio de

(53) Sobre estas sentencias es de especial interés las consecuencias que según Ortega Calderón se derivarían de una interpretación literal del fallo recaído, véase sobre este particular. Ortega Calderón, J. L. «La inexistente pena de prisión inferior a tres meses: a propósito de la STC 8/24 de 16 de enero», *Diario La Ley,* núm. 10466, Sección Doctrina, 14 de marzo de 2024.

que a efectos de su ejecución –y sólo a estos exclusivos efectos– se haya acordado su sustitución por una pena de multa» (54).

Conforme a esta interpretación los efectos de la sentencia son los que son, y el hecho de que no pueda darse cumplimiento por un imperativo categórico como es la limitación del tiempo de este tipo de penas, no impide el cumplimiento de la previsión inicialmente prevista (55).

Para Cuerda Riezu, sin embargo, no existe, ninguna norma con rango de ley, ni en el CP ni fuera de él, que determine, como efecto de la condena penal, que la pena accesoria debe ser cumplida aun en el caso de que la pena principal a la que acompaña sea sustituida por otra, que no es privativa de libertad, sino de multa (56). Tampoco la Sala Segunda ha argumentado o motivado esa «vigencia», esa necesidad de cumplimiento, de la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, más bien se trata de una declaración apodíctica, que por eso mismo carece de fuerza de convicción. Esta pena de inhabilitación especial se ha desnaturalizado por obra del Tribunal Supremo, ya que no es accesoria, pues ni acompaña a una privativa de libertad (artículo 56 CP) ni acompaña a un concreto delito (artículo 57 CP) (57).

La STC 8/2024, de 16 de enero, antes citada, en el apartado segundo de su fallo, declaró la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo STS 750/2021, de 6 de octubre de 2021, y del ATS de 15 de diciembre de 2021, pronunciados en la causa especial núm. 21019/2019, en el exclusivo extremo relativo a la referencia contenida en el apartado primero del fallo de la sentencia condenatoria en la que se impone al recurrente «la pena de un mes y quince días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena»; debiendo mantenerse únicamente la mención a que la pena impuesta es «la pena de multa de noventa días con cuota diaria de seis euros».

---

(54) Cuerda Riezu, A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo que propició el cese como Diputado de Alberto Rodríguez», obra cit. p. 5.

(55) Casabó Ruiz contrapone efectos de las penas y «efectos penales», para referirse con esta segunda expresión a lo que Cuerda Riezu prefiere denominar «efectos de la condena» por resultar menos equívoca. Ver «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo que propició el cese como Diputado de Alberto Rodríguez», obra cit. pp. 11 y 12. Casabo Ruiz, J., «Comentario al artículo 57», en *Comentarios al Código Pena*l, coord. Córdoba Roda, J, y García Arán, M., Editorial Marcial Pons, 2011, p. 11.

(56) Cuerda Riezu, A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo que propició el cese como Diputado de Alberto Rodríguez». *Diario La Ley,* núm. 9999, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de enero de 2022, p. 11

(57) Cuerda Riezu, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo que propició el cese como Diputado de Alberto Rodríguez», obra cit. p. 12.

El Tribunal Constitucional sostuvo entonces una interpretación distinta a la mantenida por el Tribunal Supremo con base fundamentalmente en dos argumentos, en primer lugar, que la pena de inhabilitación es más grave que la pena de multa y, en segundo término, que, de ser así, aplicar la misma pena accesoria cuando se ha desnaturalizado la pena asociada resulta desproporcionado. El Constitucional justificó dicha interpretación afirmando «que los parámetros axiológicos y constitucionales vinculados al principio de proporcionalidad determinan que la aflictividad a dispensar con la respuesta penal, en los casos en que resulta de aplicación el artículo 71.2 CP, debe ser acorde y ajustada a las premisas de la inferior responsabilidad penal que conlleva la disminución por debajo del mínimo legal previsto para cualquier pena de prisión y a la circunstancia de la obligación normativa de renunciar en cualquier caso en esos supuestos a la imposición de una pena de prisión; debiendo proyectarse tales consideraciones sobre la orientación material de la norma». El rechazo del cumplimiento de la medida no atiende a razones de dependencia o ruptura del nexo funcional entre una y otra pena, sino de proporcionalidad de la respuesta penal a la finalidad de la pena degradada.

La referencia a la desproporción, en mi opinión, no responde sólo a la entidad de la pena principal y la accesoria, sino a la finalidad propuesta por una y otra penalidad, pues de atenderse sólo a aquel criterio, la conclusión lógica hubiera sido la rebaja y no la exclusión. La vinculación de la pena accesoria con la principal se encuentra en los fines del cumplimiento de una y otra pena. La eficacia restauradora del orden jurídico de las penas privativas de libertad no se limita al hecho de que la persona sea recluida en prisión, en ocasiones se hace necesario que su eficacia se haga extensiva al ejercicio de sus derechos durante el tiempo de la condena, y esto no sólo para completar el cuadro de proscripciones que deben acompañarse a la privación de libertad, sino por la peligrosidad implícita para el bien jurídico protegido que supone compatibilizar la libertad con el ejercicio de determinados derechos.

IX. TIEMPO DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS ACCESORIAS DESVINCULADAS DE LA PRINCIPAL

Como hemos visto la tesis dominante en la doctrina y la jurisprudencia es aquella que sostiene el carácter autónomo de las penas accesorias, manteniéndose su vigencia incluso cuando se haya acordado la suspensión de la pena o cuando directamente esta haya sido suprimida.

La pregunta que se plantea es la de si suspendida la pena de privación de libertad cómo y cuándo ha de llevarse a efecto el cumplimiento de la pena accesoria. Se ha discutido así, si para el cumplimiento de la pena accesoria ha de esperarse a la remisión de la pena, o si debe practicarse al tiempo del plazo de prueba, o si por el contrario puede iniciarse su cumplimiento con anterioridad con la sola firmeza de la sentencia. Por otra parte, caso de que sea revocada la suspensión si por este hecho se reactiva igualmente la accesoriedad que eventualmente había sido pospuesta.

De ordinario los servicios de ejecutorias practican en una misma diligencia las penas privativas de libertad y las penas accesorias haciendo extensivas las previsiones para la liquidación de condena para ambas penas. Una de las razones, que justifica este posicionamiento es las previsiones contenidas en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General que previene que son inelegibles los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena. De llevarse a efecto en un tiempo distinto se produciría la paradoja de que dos personas condenadas por unos mismos hechos estarían sometidos a una pena de distinta duración.

El problema se presenta en aquellos supuestos en que se retrasa la entrada en prisión o se defiere su cumplimiento, llevándose a efecto el cumplimiento de la pena accesoria con independencia de la pena principal.

De ser así la primera cuestión que se plantea es cual sea la duración de la pena. En principio y conforme a las previsiones contenidas en el artículo 33 apartado sexto la duración de las penas accesorias es la que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este código.

De este modo, y conforme a la literalidad del primer aserto del precepto citado una de las soluciones posibles es estimar que la duración de la pena accesoria se corresponde con el mismo término asociado a la pena privativa de libertad suspendida o sustituida, practicándose una liquidación de condena distinta de la pena principal y por un periodo de igual duración de aquella. Tal interpretación a mi modo de ver resulta especialmente perturbadora en el caso de que remitida la pena principal por el transcurso del tiempo el penado deba seguir cumpliendo la condena accesoria desligado de la pena principal. Si hemos señalado que la razón de ser de la pena accesoria es conjurar el peligro inherente de reincidencia durante el tiempo de cumplimiento, ninguna razón justifica la pervivencia de esta medida cuando el penado ya se encuentra reinsertado.

Otra de las soluciones posibles es hacer extensivas las privaciones de derechos en que consiste la pena accesoria durante el periodo de prueba, asimilando este último a la condena misma. De hecho, en el caso por lo menos de las prohibiciones del artículo 57 no existe previsión de que estas penas tengan una duración determinada. Pero es que además una interpretación sistemática de los condicionantes implícitos a la suspensión de las penas nos abocan a entenderlo así. La resolución que acuerda la suspensión exige una nueva valoración de las prohibiciones contempladas en el artículo 57 y en general del cumplimiento de cualesquiera penas accesorias, y de ordinario, fija restricciones de la misma naturaleza y del mismo alcance durante el tiempo de prueba. Desde mi punto de vista resultaría manifiestamente perturbador el cumplimiento simultáneo de unas mismas medidas y durante un mismo tiempo. En todo caso de estar a una interpretación literal de la norma, que desde luego no suscribo, sería exigible cuando menos tener presente a efectos de compensación del cómputo. Lo razonable, sin embargo, es que en el auto de suspensión se fije el contenido y alcance de las penas accesorias de prohibición de aproximación o cualesquiera otras de igual naturaleza y que se adapte al nuevo modo de cumplimiento.

Se plantea por último el caso de que la suspensión sea revocada y que el tribunal acuerde el cumplimiento de la pena misma de prisión. De estimar que el periodo de cumplimiento se produce al margen del periodo de la suspensión de la condena, se daría la paradoja de que durante el tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad no habría objeción a que el penado pudiese acercarse a la víctima caso de acceder a la libertad condicional o durante el disfrute de un permiso.

En todos los casos el cumplimiento de la pena accesoria presenta una dependencia mayor o menor con la pena principal, de suerte que la aplicación de la pena accesoria al margen de la principal presenta siempre un carácter excepcional no acorde a la finalidad buscada por el legislador. Como hemos visto, la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 6 de la LOGE, que prevé la incompatibilidad de la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario con el ejercicio de un cargo público, no resuelve todos los problemas y puede resultar discriminatorio para el interno que ha cumplido dos veces con las mismas limitaciones, una vez como pena accesoria y otra como consecuencia necesaria de su condición de interno.

X. MODO DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS ACCESORIAS DESVINCULADAS DE LA PENA PRINCIPAL

Como hemos puesto de manifiesto son muchas las razones que abogan por el carácter anómalo del cumplimiento de la pena accesoria al margen de la pena principal, siendo fundamentalmente tres las razones que hacen especialmente perniciosa esta interpretación:

— De una parte, la irregularidad que implica la sumisión a unas medidas que de ordinario no contribuyen a los fines de la pena privativa de libertad, y del que en muchos casos puede resultar desproporcionado su cumplimiento en comparación con la levedad de la pena subsistente, como ya puso de manifiesto el tribunal constitucional en las citadas STC 8/2024 de 16 de enero (BOE núm. 45, de 20 de febrero), y STC 18/2024 de 31 de enero (BOE núm. 53, de 29 de febrero), sentencias en el que el constitucional advirtió de las consecuencias inicuas que pueden derivarse del mantenimiento de la pena accesoria cuando la pena principal es degradada.

— En segundo lugar, la dificultad de acompasar el cumplimiento de la pena accesoria con los condicionantes impuestos en el auto de suspensión o de libertad condicional que habrán de dar lugar sino a la duplicidad de las medidas, cuando menos a subordinar las penas accesorias a la consecución de los fines de la suspensión de la condena alterando su condición propia.

— Por último, se presentan las dificultades que se derivan del hecho de que el penado incumpla su compromiso de no volver a delinquir, de modo que deba darse cumplimiento a la pena de prisión inicialmente pospuesta, con la dificultad añadida que en este tiempo la medida privativa de libertad se lleva a efecto sin previsión alguna en relación con las penas accesorias, penas que precisamente han sido especialmente dispuestas por el legislador para conjurar el peligro añadido que pueden resultar en este tiempo de cumplimiento de la condena.

En opinión de quien suscribe estas líneas un cumplimiento al margen de la pena principal, exige una reconsideración de la pena y adecuar su cumplimiento conforme a las previsiones contenidas en el artículo 83 en sus apartados 2.º, 3.º y 41 que previenen expresamente la necesidad que las obligaciones y deberes no resulten excesivos o desproporcionados. De no entenderse así, impediría que el juzgador ejerciera las facultades de modulación de las penas en atención a la modificación de las circunstancias que se contiene en el artículo 85 del CP y que resultan consubstanciales al instituto de la suspensión.

Como tiene señalado la jurisprudencia, una pena accesoria cumplida de forma independiente se convierte en una principal distinta de la que fue contemplada inicialmente en sentencia, por lo que exige ser reelaborada conforme a las nuevas circunstancias del caso. Esto no significa que deba extinguirse de forma inopinada por falta de conexión con la principal, como ha sido postulado por Silva Sánchez y otros autores, la pena es la que es y debe ser cumplida en sus estrictos términos, no hacerlo supondría separarse de la voluntad de castigo del legislador. El Código Penal contiene herramientas bastantes para llevar a efecto esta valoración, como se prevé específicamente en los citados preceptos que regulan la suspensión de la condena, pero incluso en el caso de que este trámite no exista como es el caso de degradación de la pena, esto no quita para que deba llevarse a efecto este trámite de adaptación antes que proceder directamente a despenalizar la pena impuesta.

XI. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS PENAS ACCESORIAS

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar el carácter relativo de la dependencia de las penas accesorias y como en la práctica el funcionamiento de cada pena puede producirse y de hecho se produce al margen del cumplimiento de la otra pena contemplada. Esta consideración nos aboca a preguntarnos cual sea el tiempo necesario para la prescripción.

Tres son las cuestiones que abordaremos. La primera pregunta que se nos viene a la mente es cuál sea el plazo de prescripción, si el correspondiente a la naturaleza de la pena o sí debe estarse al establecido para la pena principal que como ha quedado indicado será determinante para fijar la duración de la accesoria. De otra parte, determinado cual sea este plazo, si debe darse una consideración conjunta a ambas penas de manera que la apreciación del plazo mayor excluya el de la penalidad menor. Y, por último, abordaremos, la cuestión de la interrupción del cómputo por el hecho del cumplimiento de cualesquiera de las penas consideradas que se presenten en relación de subsidiariedad.

Respecto de la primera cuestión, atendido el carácter de relativa accesoriedad que resulta predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resulta por descontado que debe estarse a la naturaleza de la pena aplicable. Así salvo que se trate de la pena de inhabilitación (quince o veinte años según exceda de diez o seis años) habrá de estarse a la gravedad de la pena, diez años para las penas graves, y cinco para las menos graves y un año para las penas leves. Debe tenerse presente que respecto de las penas accesorias el artículo 33, a diferencia por ejemplo

de la responsabilidad subsidiaria, no contiene una remisión a la penalidad correspondiente a la pena personal sustituida. Se dice que tendrá la misma duración, pero no se dice que tenga la misma naturaleza, como si ocurre en el caso de la responsabilidad subsidiaria que se contempla en el apartado quinto del indicado precepto (58).

Cuestión más compleja es la aplicación conjunta del instituto de la prescripción, de manera que la apreciación de la pena mayor excluya la apreciación de la penalidad en la correlativa accesoria o principal. La regla general en materia de acumulación de penas es que la consideración conjunta de dos penas no supone el surgimiento de una pena nueva, sino que las impuestas conservan su individualidad en orden a la apreciación de los plazos de prescripción (59). La jurisprudencia viene señalando en este sentido que hay que «estar a la pena impuesta y no al resultado del límite máximo, cuyo sentido es el de favorecer al reo y no computarlo como pena, que supondría un perjuicio al alargar el plazo prescriptivo como si de un delito más grave se tratara. Tal artificiosa interpretación, ni la prevé la ley penal, ni da base para ello» (STS 543/2001, 29 de marzo, rec. 2613/1999). De este modo, una cosa es el plazo de prescripción de la pena, la propia del delito o delitos individualmente considerados, y otra el límite en el cumplimiento sucesivo de la pena (60).

---

(58) Ortega Calderón estima, sin embargo, que este criterio quiebra como consecuencia de la línea jurisprudencial que nace de la STC 8/2024, de 16 de enero, «pues a diferencia de la situación anterior en la que impuesta una pena de prisión inferior a tres meses sólo ésta marcaba el plazo de prescripción, y aún con el silencio legal sobre si debía considerarse como pena menos grave sometida un plazo de prescripción de cinco años o bien pena leve, con un plazo de prescripción del año, ahora según se opte por una u otra pena alternativa, así será el plazo de prescripción». El propio autor precisa, no obstante, que «no parece que las consecuencias generadas sean excesivamente compatibles con la previsibilidad interpretativa a la que pretende responder la solución dada por la STC 8/24, pues es difícil imaginar que el operador jurídico anticipara esas consecuencias alternativas, respecto de las que, es preciso recordar, la sentencia que nos ocupa guarda silencio». Véase, Ortega Calderón, J. L. «La inexistente pena de prisión inferior a tres meses: a propósito de la STC 8/2014, de 16 de enero», *Diario La Ley*, núm. 10466, Sección Doctrina, 14 de marzo de 2024. Tal interpretación se nos antoja exorbitante en la medida que el Constitucional no pretende rectificar la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo hasta entonces, limitándose su actuación a corregir los excesos producidos.

(59) Como apunta Téllez Aguilera, en nuestro Derecho histórico, sólo el Código penal de 1928 introdujo una regla que preveía la acumulación conjunta de las penas, al disponer el artículo 202 que «en el caso de haber sido condenado el reo a diversas penas, el plazo de prescripción se computará ateniéndose a la más grave», regla que desapareció en los textos punitivos posteriores. Téllez Aguilera, A. «La prescripción de las penas. Un estudio a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 97/2010, de 15 de noviembre)» *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 85, 2011.

(60) Véase la sentencia de la Sala 2.ª STS 543/2001, de 29 de marzo (3733/2019), ponente José Ramón Soriano Soriano, ECLI: ES: TS:2001:2604.

Este criterio jurisprudencial firmemente asentado, no cabe, sin embargo, hacerlo extensiva a las penas accesorias. Respecto de estas penas la mayoría de los autores estiman que la pena de referencia ha de ser siempre la correspondiente a cada una de las principales impuestas, que operan de forma independiente en su prescripción, arrastrando cada una de ellas a sus correspondientes penas accesorias, al ser estas vicarias de aquellas (61).

El hecho es, que, si bien la consideración conjunta es mayoritaria en la jurisprudencia, la vinculación de la principal sobre la accesoria no siempre ha sido tenida en cuenta y en ocasiones se ha atendido a la gravedad de la penalidad mayor del conjunto entre lo accesorio y lo principal. Así, en la STS 568/2001 de 6 de julio (rec. 1167/1999) se dio por sentado que la penalidad mayor de la accesoria excluía la apreciación de la prescripción de la pena principal. En aquel caso, se estimó que la apreciación de la accesoria de inhabilitación especial cuyo plazo de prescripción era de quince años, excluía la prescripción de la pena principal cuyo plazo de prescripción era cuantitativamente mucho menor.

Desde luego este criterio es el predicable de las prohibiciones contenidas en el artículo 56 del Código Penal, resultando más dudoso respecto del caso de las penas del artículo 57. Respecto de estas penas como afirma Téllez Aguilera la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que se trata de una «pena accesoria impropia», debido a que su imposición se vincula no a otra pena sino a determinados delitos y circunstancias, y que su duración puede exceder con creces a la de la pena principal. Por tales razones la doctrina mayoritaria entiende que en este caso su régimen prescriptivo debe ser independiente y, por tanto, dadas sus peculiaridades, deberá operar como si de una pena principal se tratara. Tal interpretación vendría corroborado según el citado autor, por la finalidad de protección de la víctima, «razones víctimo-dogmáticas harían pertinente dicha interpretación» afirma el indicado autor (62). El problema sería determinar el momento inicial de cómputo de esta pena, cuestión que como veremos a continuación está estrechamente vinculada a la apreciación del posible cumplimiento sucesivo de una y otra pena.

En relación con esta cuestión se ha suscitado también la duda de si es posible la paralización del cómputo del tiempo de prescripción del con-

---

(61) Ramos Gancedo, D., «Comentarios al artículo 133 del Código penal», en VV. AA. dir. por Conde-Pumpido Tourón y coord. por López Barja de Quiroga, *Comentarios al Código penal, tomo II*, ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 991). También en este sentido Téllez Aguilera, A. «La prescripción de las penas. Un estudio a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 97/2010, de 15 de noviembre)» *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 85, 2011, p. 3.

(62) Téllez Aguilera, A., «La prescripción de las penas…», obra cit., p. 3.

junto de las penas por el hecho de la interrupción de la pena principal o de la accesoria. La tesis tradicional, como hemos visto en el caso de la STS 568/2001 de 6 de julio (rec. 1167/1999), es que el cumplimiento de cualesquiera de las penas, principales o accesorias determinaba la interrupción del plazo del conjunto de las penas conjuntamente consideradas.

Esta interpretación debe ser revisada tras la reforma operada del artículo 134 CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, que introduce junto al supuesto de interrupción de la prescripción el régimen de suspensión del cómputo. Hasta esta reforma la jurisprudencia y la doctrina venían entendiendo que el cumplimiento de la pena interrumpía el cómputo. Así la Consulta 1/2012 de la FGE, recogía que no cabría la prescripción cuando la pena se está precisamente ejecutando conforme le ordena la norma: «... Lo esencial, por tanto, es determinar cuáles son los actos constitutivos de verdadero cumplimiento que tienen, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional, la virtualidad de interrumpir el transcurso del plazo de prescripción...», lo que precisamente encaja con las aseveraciones de la STC 97/2010, de 10 de febrero (rec. 1356/2009) y otras, que considera viable la existencia de causas «implícitas» de interrupción en la propia regulación positiva (aunque el texto de los Arts. 133 v 134 CP no las describen específicamente). Entre estas precisamente, y según las indicadas sentencias del TC, se encontraría el cumplimiento de la pena: «el cumplimiento de la pena es una causa de interrupción que no está expresamente enunciada sino implícitamente contenida en el literal del artículo 134 del texto punitivo (FJ 49)». En este sentido y como hemos visto la STS 568/2001 de 6 de julio (rec. 1167/1999), el Tribunal Supremo declaró que el cumplimiento de la pena de inhabilitación excluía la apreciación de la pena en su conjunto.

Tales argumentos deben decaer definitivamente tras la entrada en vigor de la reforma de 1/2015, en la cual se da nueva redacción al artículo 134 que incorpora junto al tradicional supuesto de interrupción del cómputo, el supuesto de la suspensión de la prescripción de la pena, haciendo previsión de su aplicación a dos concretos supuestos: durante el período de suspensión de la ejecución de la pena y durante el cumplimiento de aquellas penas cuando no permitan un cumplimiento sucesivo.

Por consiguiente, y a diferencia de la legislación precedente en el que la jurisprudencia venía reconociendo como causa de suspensión del cómputo el hecho del cumplimiento, con la reforma esta causa de suspensión se acota a los supuestos que no sea posible el cumplimiento sucesivo al que se refiere el artículo 75, no siendo en principio el caso de las penas accesorias que como hemos visto pueden y deben cumplirse en principio al margen del resto de las penas contempladas en la condena.

Pero si esto es así, debe tenerse presente también los eventuales conflictos que hemos venido señalando para el caso de que la pena se cumpla de forma autónoma. En estos casos el cumplimiento de las penas accesorias al margen de la principal puede coincidir con las penas de libertad vigilada y con los condicionantes propios de la suspensión de las penas. Cuando esto sucede no cabe reconocer la posibilidad de cumplimiento sucesivo que hemos aludido y se hace imperioso atrasar el inicio del cumplimiento de aquellas a las resoluciones que acuerden la suspensión de condena o la que aprueba la medida de libertad vigilada.

De este modo, habrá que distinguir aquellas penas accesorias en las que de algún modo su cumplimiento se ve modificado como consecuencia de la necesidad de reevaluar su contenido, tanto si lo es por la sustitución de aquel por otras medidas como la libertad vigilada o la expulsión del territorio, o por los condicionantes impuestos en el auto de suspensión de las penas privativas de libertad.

XII. CONCLUSIONES

La cuestión de fondo responde como hemos venido apuntando al carácter instrumental de las penas accesorias y la función que ejercen en el seno del proceso. Su naturaleza si bien les aproxima más a las medidas de seguridad que a las penas propiamente dichas lo es a los fines propios del cumplimiento de la condena. La referencia a que su duración será la misma de la pena principal, no atiende tanto a los criterios dosimétricos contenidos en el artículo 66 del CP, como a la especial posición del sujeto durante el cumplimiento de la condena. Se explica así que tratándose de las prohibiciones del artículo 57 el propio código penal fije la fecha máxima de su cumplimiento efectivo, pero no indica el momento inicial, sólo el final que se hará efectivo por un tiempo superior entre uno y diez o uno y cinco años a la pena de prisión impuesta.

Se entiende así también que su apreciación no es consecuencia de la antijuridicidad de la conducta, sino de la propia peligrosidad que redunda de la falta de reinserción del reo. Si se estima y presume que el reo no estará reintegrado al tiempo del cumplimiento del licenciamiento y aún después hay peligro de reincidencia, es también claro que el peligro para la víctima ha de prevalecer y las medidas en orden a su protección son necesarias y pertinentes.

Como señala Gutiérrez Castañeda para determinar el grado de dependencia existente entre las penas accesorias y la principal a la que acompañan, es preciso analizar, por un lado, si las funciones desempe-

ñadas por las penas accesorias son independientes de las de la pena principal o si, por el contrario, se encuentran vinculadas a éstas, y por otro lado si la existencia de funciones independientes permite o no afirmar la autonomía de las penas accesorias respecto de la principal en la fase de ejecución (63).

En este sentido Manzanares Samaniego estima que «la falta de efecto intimidativo para quienes están dispuestos a arriesgar la propia libertad hace que ni la amenaza de la pena privativa de derechos, ni su imposición en la condena ni su ejecución posterior, sirvan como fuerza paralizante de las inclinaciones criminales de los miembros de una comunidad» (64). Dicho lo cual, lo que parece claro es que la accesoriedad que se describe en los artículos 54 a 57 del Código Penal, resulta algo distinto a la que se predica del resto de las medidas restrictivas de derechos y responde a principios de distinta naturaleza derivados de la apreciación de una conducta tendencial del agente.

Mas si su aplicación responde a razones de peligrosidad y prevención especial, a diferencia de las medidas de seguridad su cumplimiento está vinculado a la condena misma, careciendo de objeto cuando se ve desligada del cumplimiento de la pena principal. Cuando se produce este hecho, el mantenimiento de las penas accesorias resulta manifiestamente anómalo resultando imprescindible una reconsideración de los fines propuestos. En realidad, en estos casos las penas accesorias se desnaturalizan y en muchos casos se confunden con otro tipo de medidas como son los condicionantes impuestos para la suspensión de la pena o las propias medidas de libertad vigilada, pero no cabe descartar este efecto en cualesquiera otros supuestos en que la pena accesoria se desliga de la principal. Por todo lo cual, siempre que se desvinculen de la condena, su cumplimiento autónomo, al margen de otras penas, hace indispensable una reconsideración y valoración de las finalidades propuestas inicialmente en sentencia.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

BERNAL VALLS, J.: «Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal», en *Revista General de Derecho,* núm. 652-653, 1999.

(63) GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2004, pp. 1274-1282.

(64) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Las penas accesorias», en *Comentarios al Código Penal*, edición núm. 1, *La Ley,* Madrid, 2016.

BERNASCONI, C.: «*Penas Accesorias* en el ordenamiento jurídico italiano». *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 23, e7846. 18 de abril de 2023. https: //doi.org/10.17561/rej.n23.7846.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal.* Parte General, 4.ª ed.: Barcelona, 1994.

COLINA OQUENDO, P.: «Comentario artículo 56», en *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, coord. Rodríguez Ramos, L.: Rodríguez-Ramos Ladaria, G y Rodríguez De Miguel Ramos, J.: 7.ª edición, Editorial La ley, 2023.

CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo que propició el cese como Diputado de Alberto Rodríguez». Diario La Ley, núm. 9999, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de enero de 2022.

DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

GARCÍA ALBERO, R.: «Comentario a los arts. 54, 55 y 56», en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.ª ed.: Pamplona, 2001.

GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Thompson Reuters Aranzadi, 1997.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias». La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 5, 2004, pp. 1274-1282.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Comentario al artículo 57 del Código Penal», en la obra colectiva *Comentario al Código Penal, 1*er *tomo,* dir, Cuerda Arnau, M. L. y coord. Raga i Vives, A. 1.º tomo, Edit. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2025, pp 509- 526.

LEAL MEDINA, J.: «La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* núm. 7, 2001, pp. 1303-1310.

MAGRO SERVET, V.: «Praxis jurisprudencial sobre el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 CP», *Diario La Ley,* núm. 10015, Sección Doctrina, 22 de febrero de 2022.

MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E.: «La suspensión de la Ejecución de la Penal» en *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión,* edición n.º 2, Editorial La Ley, Madrid, octubre de 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «Las penas accesorias», dentro del libro *Comentarios al Código Penal*, edición núm. 1, La Ley, Madrid, 2016.

— «La prescripción de las penas y las medidas de seguridad», en *Diario La Ley,* n.º 7193, 10 de junio de 2009.

— «Comentario al artículo 133 del Código penal (*La Ley* 3996/1995)», en *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, tomo I,* VV. AA. (Dirigidos por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), ed. Trivium, Madrid, 1997.

Mapelli CafFarena, B.: «Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva» Revista de estudios penitenciarios. Extra 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús), pp. 59-74.

Mapelli Caffarena B. y Terradillos Basoco, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito,* 3.ª ed.: Madrid, 1996.

Marinucci, G.- Dolcini, E.: *Manuale di diritto penale. Parte generale. Le sanzioni penali*, cap XIII Giuffrè, 5.ª Edición, 2012, pp. 627-634.

Ortega Calderón, J. L.: «La inexistente pena de prisión inferior a tres meses: a propósito de la STC 8/24 de 16 de enero». *Diario La Ley*, núm. 10466, 14 de marzo de 2024, Las Rozas de Madrid, 2024.

Pérez Rivas, N.: «Sanciones orientadas a la protección de la víctima la pena de alejamiento», Revista Dereito, vol.24, núm. 2:21-57 (Xullo-Decembro, 2015) USC, Santiago, 2015.

— «La pena de prohibición de comunicarse con la víctima en el Código Penal de 1995, regulación y propuestas de *Lege Ferenda*», *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* (REDUR), 13 de diciembre de 2005, pp. 145-159. https://doi.org/10.18172/redur.4177.

Pozuelo Pérez, L.: *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Madrid, 1998, p. 24

Ramos Gancedo, D.: «Comentarios al artículo 133 del Código penal», en *Comentarios al Código penal, tomo II*, dir. Conde-Pumpido Tourón, coord. López Barja de Quiroga, ed. Bosch, Barcelona, 2007.

Rey Huidobro, L. F. «Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión» Actualidad Penal, núm. 45, Quincena del 1 al 14 dic. 2003, ref. XLIV, tomo 3, pp. 1123-1149.

Sánchez Yllera, I.: «Comentario al artículo 81», en *Comentarios al Código Penal de 1995, tomo I,* coord. por Vives Antón, T. S. (coord.), Tirant lo Blanc, 1996.

Santos Requena, A. A.: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal,* Granada, 2001.

Serrano Butragueño, I.: «De las penas accesorias», en *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia),* Editorial Comares, Granada, 1998.

Silva Sánchez, J. M.: «La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio», *Actualidad Penal*, 1999, pp. 751-759.

Téllez Aguilera, A.: «La prescripción de las penas. Un estudio a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 97/2010, de 15 de noviembre)», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* núm. 85, 2011.

Valeije Álvarez, I.: «La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 60, fasc/mes 1/2007, pp. 243-276.

— *De las penas accesorias a las penas complementarias: la descripción de un proceso legislativo inacabado*. Edit. Tirant l Blanch, Valencia 2021.

El daño (en derecho penal, criminología y política criminal)

FERNANDO MIRÓ LLINARES
Catedrático de Derecho penal. Universidad Miguel Hernández (Elche)

RESUMEN

El trabajo analiza el rol del daño en derecho penal, criminología y política criminal. Ante la reciente propuesta de la zemiología de abandonar como referencia el delito y sustituirlo por el «social harm», se analiza en profundidad el papel que la idea de daño ha cumplido y podría cumplir en cada disciplina y su relación con el objeto «delito» en cada una de ellas. Se argumenta que el daño siempre ha sido un objeto implícito de estudio en criminología y derecho penal y que un desarrollo adecuado podría convertirlo en elemento crítico central de la política criminal y vertebrador de la confluencia entre lo normativo y lo empírico. Tras analizar diversos modelos, el trabajo finaliza identificando el «marco de valoración del daño» de Paoli y Greenfield como una base adecuada desde la que comenzar esa tarea compartida.

Palabras clave: *Daño, delito, daño social, zemiología, principio del daño, valoración del daño.*

ABSTRACT

This paper examines the role of harm in criminal law, criminology, and criminal policy. In light of the recent proposal from zemiology to abandon the reference to crime and replace it with «social harm,» this study provides an in-depth analysis of the function that the concept of harm has played and could continue to play within each discipline, as well as its relationship with the object of «crime» in each of them. It is argued that harm has always been an implicit object of study in criminology and criminal law and that its proper development could position it as a central and criti-

cal element in criminal policy, bridging the gap between normative and empirical dimensions. After reviewing various models, the study concludes by identifying Paoli and Greenfield's «harm assessment framework» approach as a suitable foundation from which to initiate this shared endeavor.

Key Words: Harm, crime, social harm, zemiology, harm principle, harm valuation.

SUMARIO: I. El problema de un objeto y tres cuerpos científicos.–II. Daño y criminología. 1. El delito como objeto de la criminología y «sus problemas». 2. ¿Más allá de la criminología? El enfoque del daño social. 3. Más allá de la zemiología. El daño en la criminología.–III. Daño y derecho penal. 1. Delito y principio del daño en el derecho penal anglosajón. 2. La construcción del daño en la filosofía moral y sus problemas. 3. Bien jurídico, ofensividad, dañosidad social y daño material. El daño en la dogmática penal continental.–IV. Daño y política criminal. 1. Sobre el potencial de una idea de daño para la política criminal. 2. Modelos de cuantificación del daño y su potencial uso en la política criminal.–V. Valoración del daño: tarea compartida entre disciplinas.–VI. Bibliografía.

I. EL PROBLEMA DE UN OBJETO Y TRES CUERPOS CIENTÍFICOS

Recientemente se ha recordado que para *von Liszt* la *Gesamtestrafrechtwissenschaft* era, a la vez, tarea y sentido de la ciencia penal (1). Hoy, la idea de la unificación o integración de las (mal llamadas) ciencias penales (2), apuntada sólo ocasionalmente en manuales y tratados de derecho penal o de criminología, y que en su configuración más tradicional incluye también a la política criminal, apenas se expresa como auténtico *desiderátum* (3). Cuando se utiliza tal expresión, o alguna

(1) Miró Llinares, F., «¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?», Muñoz Sánchez, Juan, Corral Maraver, N., García Magna, D., Pérez Jiménez, F., Prado, B. (Eds.), Cerezo Domínguez, A. I., García Pérez, O., Rando Caserme, P. (Dirs.) *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2023, pp. 693-705.

(2) Véase al respecto Miró Llinares, F., «¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?», *op. cit.,* p. 697.

(3) Ejemplo de que la propuesta de integración ha perdido interés, en particular entre la dogmática penal, es, a mi parecer, el reciente *«Tratado»* de Jesús Silva. En primer lugar, el autor señala, a mi parecer con acierto, que la idea de Von Liszt de la

similar, se hace más bien como afirmación de cercanía entre saberes o, a lo máximo, como declaración, más simbólica que práctica, acerca de la bondad abstracta de la cooperación entre disciplinas distintas. Se reconoce la vecindad, pero se declara la ajenidad por el diferente problema de investigación y el método, con lo que se obvia algún posible propósito común (4). Y tampoco se aborda, más que con frases genéricas, la forma en la que deben colaborar las disciplinas entre sí.

Los objetos de estudio centrales del derecho penal (5) son el delito y la pena (6). En la criminología, por lo menos así se entendía en los manuales clásicos, el delito o la delincuencia (7), en parte dependiente

---

integración de las ciencias penales no era, precisamente, y como algunos lo habían interpretado, para situar al derecho penal en el centro sino más bien para orientar la doctrina del derecho penal a las ciencias sociales, y ante eso acaba diciendo que «no cabe afirmar que haya tenido lugar una propuesta sólida de orientación de la doctrina del derecho penal a las ciencias sociales». Silva Sánchez, J. M., Derecho *penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025. Luego, tras analizar el papel de lo empírico en el derecho penal desde su visión, Silva Sánchez se muestra mucho más comprensivo, que con la «ambiciosa» propuesta de la Ciencia total de Von Liszt, con la de configuración de un sistema integral del derecho penal. La califica como una propuesta más modesta que se movería «en el marco de la colaboración entre disciplinas eminentemente jurídicas» como el derecho penal, en particular las instituciones de la teoría del delito, el derecho procesal penal, el derecho de la individualización penal y el derecho constitucional. (*Ibíd*., p. 517). Parece que el grado de deseabilidad de la integración entre disciplinas se relacione más con la cercanía metodológica entre saberes, que con la necesidad de colaboración interdisciplinaria para un objetivo común a las que cooperan entre sí.

(4) En palabras de Jescheck: «no puede haber unidad científica en este ámbito a causa de la diversidad de objetivos y métodos, si bien es promovido un suministro recíproco de conocimientos y una colaboración positiva. Jescheck, H. H, Olmedo Cardenete, M. D. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Marcial Pons, 5.ª ed, Granada, 2003, p. 45.

(5) En este trabajo utilizo el término derecho penal en muchas ocasiones para referirme a la disciplina académica; por tanto, cuando así es, como sinónimo de dogmática penal, que es como ha gustado en denominarse a sí misma, ciencia del derecho penal o, incluso, doctrina penal. Aunque hay matices evidentes entre todas estas denominaciones, en muchas ocasiones se usan indistintamente para referirse al ámbito de conocimiento y a la comunidad que se ocupa del mismo. Lo mismo, por cierto, ocurre con el término criminología.

(6) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, 10.ª ed. Barcelona, 2015, p. 55.

(7) Garrido Genovés, V., Stangeland, P. y Redondo, S., *Principios de Criminología*, Tirant Lo Blanch, 4.ª ed., Valencia, 2013, p. 47. La criminología académica, a la Dostoievski (*Prestuplenie i nakazanie*, *Crimen y castigo*), prefiere usar los términos «crimen» y «castigo» para separarse de lo legalista. Sin embargo, «delito» y «crimen», así como «castigo penal» y «pena», se pueden usar y se usan como sinónimos, por mucho que se les pueda atribuir significados distintos; y la cuestión nunca es el término, sino el uso de este. Pone el acento Fletcher, por cierto, al referirse a Dostoevski, en el distinto modo en que la tradición alemana tradujo la famosa novela:

de aquello que legalmente fuera considerado como tal, y también la respuesta a ella del sistema penal (8). Por su parte, la política criminal también se ocupa del delito, en cuanto que su objeto es la praxis o acción pública relacionada con él, su prevención y la respuesta al mismo. Pero, pese a la conjunción de las tres disciplinas en uno o varios objetos, el problema de investigación en cada una de ellas parece diametralmente distinto y, por ello, también los métodos para su resolución: en el derecho penal el delito y la pena se estudian por la dogmática en abstracto (el delito como sistema ideal y el castigo abstracto) y en concreto (el acto de alguien en relación con la ley concreta, la pena merecida) para resolver esencialmente el problema de que los jueces apliquen justamente la ley penal al hecho delictivo particular; en la criminología el crimen se estudia en concreto (la conducta delictiva) y en general (la delincuencia) para tratar de comprender la etiología de la acción criminal y, en algunas corrientes, prevenirla; y la criminología también estudia la respuesta al delito para comprender qué es lo que se castiga con penas como delictivo y cómo se reacciona ante ello.

He empleado la expresión «parece» al afirmar que cada disciplina aborda problemas de investigación distintos porque, en realidad, algunos de ellos son compartidos. La dogmática penal, además de la determinación del sistema del delito y su aplicación para la resolución de la cuestión de la responsabilidad penal en un concreto supuesto, se ocupa del discernimiento del mejor derecho penal posible, al menos de *lege ferenda* (9). La identificación de propuestas críticas de reforma del derecho vigente dirigidas al legislador se fundamenta en consideraciones político-criminales y, aunque se contrasta con el derecho positivo existente, requiere algo más: consideraciones de deber ser (y, al menos debería incluirlo, potenciales soluciones basadas en el conocimiento de la realidad social). Ahí el derecho penal confluye parcialmente con aquella criminología que se ocupa no tanto de lo etiológico, del problema de porqué alguien comete un crimen, sino de cómo el sistema penal reacciona a él; a estudiar qué y porqué algo es considerado por el estado como un crimen, lo que generalmente incluye valo-

---

Schuld und Sühne, es decir, «culpa y expiación», en vez de «crimen y castigo». Fletcher, G. P., *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International: Volume One: Foundations*. Oxford University Press, 2007.

Añado yo que es llamativo, aunque nada chocante, esa identificación alemana entre crimen y culpa, por un lado, y pena y expiación, por otro.

(8) Díez Ripollés, J. L., «El modelo político-criminal de la inclusión social», *Boletín criminológico,* Vol. 30 (230), 2024, pp. 1-44.

(9) Véase Miró Llinares, F., *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas),* Tirant lo Blanch, 1.ª Edición, Valencia, 2022.

raciones críticas (10). Es cierto que el enfoque metodológico usualmente utilizado es distinto, y que la Doctrina penal suele adoptar una perspectiva más prescriptiva (aunque, en lo abstracto) que descriptiva, mientras que la criminología suele ser más descriptiva (aunque crítica en lo concreto); y de hecho los enfoques muchas veces se mezclan y confunden. Y lo mismo sucede cuando el objeto central es la pena y no el delito: desde la dogmática penal se estudia la misma en el plano teórico, pero se acaba descendiendo a la realidad de la ejecución de esta y a su impacto; lo cual siempre ha sido objeto de estudio por la criminología que, viceversa, se encarga de estudiar la realidad del castigo en concreto, pero, también, su legitimidad en abstracto y su carácter de ejercicio del poder punitivo esencialmente desde una perspectiva crítica. Hay partes del problema de investigación que son distintas para cada disciplina, pero otras que convergen.

Y lo anterior se plasma con claridad en la relación del derecho penal y de la criminología con el tercer «cuerpo» científico de lo que se denominó «ciencias penales», la política criminal teórica o, para algunos mejor denominada, política jurídico-penal (11). Y entrecomillo el término «cuerpo», científico, porque mientras que podría decirse que Dogmática penal y Criminología se auto perciben como ciencias o disciplinas científicas y se miran generalmente la una a la otra como extrañas, podríamos decir que la política criminal no siempre es percibida como una disciplina con una comunidad académica, sino como un campo científico-práctico al que se dedican quienes pertenecen a las otras dos. Recuerda Díez Ripollés que von Liszt introduce la política criminal cuando asume la necesidad de un instrumento político-práctico que diseñe la estrategia para luchar eficazmente contra la delincuencia a partir del conocimiento de los saberes científicos sociales, y que permita evaluar y reformar el derecho penal (12). En la actualidad, la política criminal se «estudia» desde el derecho penal y también desde la criminología, por lo que parece ser aceptada como objeto y problema de estudio tanto

(10) Así recientemente Silva Sánchez ha señalado, a mi parecer con acierto, que «la criminología no es sólo una disciplina empírica, cultivada con métodos cuantitativos. Por el contrario, quienes se dedican a ella realizan también análisis cualitativos, en cuyo marco se formulan enunciados crítico-valorativos». Silva Sánchez, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.,* p. 514.

(11) O política del derecho penal, ambas denominaciones preferibles para referirse a la concepción «valorativa» de la Política criminal según Silva Sánchez, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.,* p. 514.

(12) Díez Ripollés, J. L., «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales. La contribución de v. Liszt», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20(12), 2018.

por la dogmática penal como por la criminología. Ambas disciplinas se ocupan de ella, si bien, en ocasiones, al hacerlo tratan de adaptar el objeto al margen de acción epistémico de la disciplina para no tener que hacer lo contrario. Así ocurre con la visión dogmática de la política criminal según la cual ésta consiste en el análisis sistemático de lo valorativo sin atender a las políticas de prevención del delito, que requerirían metodologías empíricas (13). Como si fuera útil,

(13) Esta visión se corresponde con la que Silva Sánchez ha denominado concepción valorativa de la política criminal, distinta a «la concepción empírica que dio lugar en su día a la propuesta de una política criminal científica»; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.,* p. 514. En la primera se encontrarían SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Fundamentos de política criminal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012 y ROBLES PLANAS, R., *Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014. En contra de este entendimiento de la política criminal MAÑALICH RAFFO, J. P., «El principialismo político-criminal como fetiche», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 29, 2018, pp. 59-71; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El modelo político-criminal de la inclusión social», *op. cit.* Este último autor sitúa, con acierto, en este entendimiento, mi propia concepción de la política criminal en MIRÓ LLINARES, F., *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas), op. cit.* Dice Silva Sánchez, con razón, que hay un contrapunto a ambas concepciones, el de la política criminal real, la que se lleva a cabo por pluralidad de agentes con el denominador común de la extrema urgencia, y frente a la cual una teoría de la política jurídico penal empírica y valorativa tiene que aportar «serenidad, tiempo y trabajo al análisis de los problemas», lo que requiere, y también acierta en esto, la colaboración interdisciplinaria de penalistas y criminólogos, filósofos, sociólogos, psicólogos y otros especialistas. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.* Propone Silva Sánchez, además, una posible solución de consenso, entre la primera posición que, según él, integra las valoraciones en el ámbito de la filosofía práctica y el que, dice el autor, asume las consecuencias del racionalismo crítico y asigna a la política penal una naturaleza estrictamente política. La solución exige distinguir dos planos valorativos distintos, el que se relaciona con la *lege lata* y el de *lege ferenda,* y se refiere a ellos implícitamente más adelante al señalar que la política jurídica y la crítica externa al sistema vigente también es misión de la doctrina del derecho penal (aunque no sea sólo de ella), al encargarse de las propuestas técnico jurídicas de *lege ferenda* justificadas desde el punto de vista conceptual y sistemático, sin entrar en la legitimidad general de un régimen, lo que la distinguiría radicalmente de la crítica filosófica o política. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.,* p. 554. No entraré aquí en un debate profundo sobre el tema, pero sí diré que lo que se critica del entendimiento dogmático de la política criminal no es la utilización de parámetros normativos o valorativos, en forma de principios y límites, asumidos como esenciales por parte de los demás, sino el que ellos se puedan aplicar de forma neutra y aséptica, como estructuras metafísicas que no tienen contacto con la realidad de la delincuencia o de la sociedad. En otras palabras, no se niega que se pueda y deba usar la filosofía práctica para argumentar en torno a la política criminal, sino que hacerlo sólo con ella sea suficiente. Tanto para valorar una ley existente o una por aprobarse es imprescindible enfrentarse a ello desde el realismo de que cualquier valoración normativa se hace en un contexto determinado y debe par-

para la crítica teórica de una praxis política real, realizar la reflexión crítica sobre hasta dónde puede llegar la intervención penal frente al delito sin atender a la realidad de lo que supone el delito (14).

Este tipo de disquisiciones meta-teóricas sobre los problemas de compartir un objeto entre varias disciplinas, que en el fondo es la cuestión de cuál es y debe ser la relación entre ellas, eran hasta hace poco más parte del olvido que del debate académico. Sin que pueda decirse que sean la última tendencia en la reflexión académica, sí que es cierto que se han reactivado recientemente. Por un lado, a raíz de los citados debates en torno al alcance de la política criminal teórica que han puesto de manifiesto la existencia de concepciones diversas sobre esta disciplina y, también, que detrás de la discusión sobre el objeto hay cierta pugna por el método. Pero, por otro, por la irrupción de un debate de interés para la reconfiguración del ámbito disciplinario del derecho penal, la política criminal y la criminología: la reciente propuesta de la «zemiología» de abandonar el delito y centrarse en el estudio del «Daño social» (15). Al fin y al cabo, si apareciera un nuevo objeto central en una de las disciplinas, uno que ya no fuera el delito, y aquella se planteara abandonar este último como elemento de estudio: ¿cambiaría la relación entre las disciplinas de algún modo? El comentado debate académico, de cierta

---

tir de él para, precisamente, resultar funcional y legítima. Se puede, y debe, hacer filosofía moral o práctica sobre cómo debería ser una política criminal de un lugar ideal o a partir de una estructura moral determinada (acerca de la cual puede haber acuerdo o no). Pero cualquier reflexión teórica de tipo político criminal que pretenda tener capacidad crítica requiere, además de un armazón coherente de principios y garantías, que toda la reflexión valorativa atienda y se asiente en los contextos de realidad en los que la misma se aplica. Y no para dar la razón a lo contingente, sino, en muchas ocasiones, para negar serenamente las soluciones inmediatas con capacidad real de ser influyente. *Ibíd*., p. 554.

(14) Lo que, a mi parecer, y como adelanto en la nota anterior, limita las posibilidades de éxito de la supuesta primera parte de la tarea. Al fin y al cabo, una de las consideraciones axiológicas más importantes que se puede hacer sobre cualquier modelo o intervención político-criminal es la de la proporcionalidad frente al delito y es sabida la dificultad de «ponderar» la gravedad de la pena sin atender a la relevancia del bien jurídico y a la «lesividad de la conducta incriminada». Por usar por primera vez el término que va a ser central en este trabajo: ¿se puede hacer un juicio completo de política criminal sin atender a los daños que causa el delito o sin valorar los que produce la represión formal de las conductas por medio del derecho penal? Lascuraín Sánchez, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 159-190; 175 y ss.

(15) Hillyard, P. y Tombs, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously,* Pluto Press, London, 2004, pp. 19-20.

intensidad en la criminología teórica (16), pero del que sólo excepcionalmente se ha hecho eco la doctrina penal (17), supone explícitamente que una corriente teórica reniega del objeto delito y pide «escapar del derecho penal» (18). Y muestra, implícitamente, la relevancia que sigue teniendo la discusión de cuáles son y deben ser los objetos de estudio de derecho penal, criminología y política criminal y cómo se relacionan entre sí.

El presente trabajo aborda estas cuestiones indirectamente al ocuparse, directamente, del concepto de daño y su sentido para el derecho penal, la criminología y la política criminal. Aprovecha de inicio la citada discusión académica sobre la huida del delito por parte de la criminología para ir más allá de ella y plantear el rol que desempeña y podría desempeñar el daño en cada una de las disciplinas. Partiré de la disciplina en la que se ha planteado el debate, estudiando tanto el significado del daño como su relación con el denostado objeto de esta, el delito. Acudiré, después, a la dogmática penal, donde más se ha usado el concepto de daño, aunque con distinto significado según sea el ámbito anglosajón y continental. Finalmente, me ocuparé del rol que ocupa el daño en la disciplina que, a mi parecer, mejor rendimiento puede sacar de esta idea, la política criminal, y me sumaré a una propuesta para comenzar a reformular la disciplina, su objeto y sus métodos, a partir del daño. Con ello el trabajo entrará en la cuestión de cómo debe entenderse la relación entre estos tres cuerpos científicos.

---

(16) Veáse, entre otros, y más allá de las referencias de los propios autores de la zemiología, las valoraciones y críticas de Hughes, G., «Book review: Beyond Criminology: Taking Harm Seriously», *Social & Legal Studies*, Vol. 15(1), 2006, pp. 157-159; Loader, I. y Sparks, R., *Public Criminology?,* Routledge, London/New York, 2013; y O'malley, P., «Justice without crime and punishment? Security, harm and compensation in a neoliberal world», en Carlen, P., Ayres Franca, L. (Eds.) *Justice Alternatives*, Routledge, 2019

(17) Sólo desde el contexto anglosajón del derecho penal se ha prestado algo de atención a la cuestión, como Lacey, N. y Zedner, L., «Criminalization: Historical, Legal, and Criminological Perspectives», Liebling, A., Maruna, S. y Mcara, L. (Eds.) *The Oxford Handbook of Criminology,* Oxford University Press, 2023, pp. 53-74 y Zedner, L., «Putting Crime Back on the Criminological Agenda», Bosworth, M. Y Hoyle, C. (Eds.) *What is Criminology?*, Oxford University Press, 2012. En nuestro país, la excepción al desinterés por la cuestión es Vila-Viñas, D., «Recensión del libro de Victoria Canning y Steve Tombs, From Social Harm to Zemiology. A Critical Introduction», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23(3), 2021 quien lleva a cabo un atinado análisis a raíz de una de las últimas recopilaciones de trabajos procedentes de la zemiología.

(18) Como se verá, sólo parcialmente, pues, en la huida, acaba refugiándose en la idea de «daño», un concepto de gran importancia para la dogmática penal, particularmente la de cuño anglosajón.

II. DAÑO Y CRIMINOLOGÍA

1. **El delito como objeto de la criminología y «sus problemas»**

Es común la afirmación de que toda disciplina científica debe tener un objeto; también, y esto ya parece más complejo y determinante de cara a poder ser calificada como tal, que éste no debe ser compartido con ninguna otra «ciencia» o disciplina. En el caso de la criminología la, si se me permite la expresión, «pelea» por la autonomía se centra en la cuestión de su relación con el delito (o crimen), objeto de estudio propio, pero, a su vez, objeto central de estudio de una disciplina distinta, el derecho penal. En *Principios de Criminología* Garrido, Stangeland y Redondo dicen que la aseveración de que la criminología tiene como objeto de análisis el delito, el mismo que el derecho penal, conllevaría la afirmación de que la criminología carece de objeto de estudio propio (19). Por su parte García Pablos resalta la necesidad de delimitar el concepto criminológico de delito «porque la autonomía científica de la criminología debe permitir a ésta la determinación de su propio objeto, sin someterse a las definiciones de delito que provengan de otros ámbitos o instancias» (20). La forma en la que se ha afrontado esta necesaria separación ha sido o bien explicar la supuesta diferente naturaleza del objeto delito para cada disciplina o bien añadir a este, otros objetos de estudio distintos. Sutherland y Cressey adoptaban esta última estrategia cuando afirmaban que la criminología es el estudio de «*making laws, breaking laws and the reacting towards the breaking of laws*» (21); y, en nuestro contexto, también García Pablos de Molina, al afirmar que la criminología se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo (22). Todos estos nuevos objetos, sin embargo, se relacionan de algún modo con el delito como tal, y de ahí que el esfuerzo de los mismos autores se centre en separarse del concepto formal y normativo y sostener una conceptualización de este como problema social y comunitario (23) o de carácter empírico real y dinámico aún relacionado con aquello que formalmente es definido

(19) Garrido, V., Stangeland, P. y Redondo, S., *Principios de criminología, op. cit.,* p. 46.

(20) García-Pablos de Molina, A., *Tratado de Criminología*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89 y ss.

(21) Sutherland, E. H., *Principles of Criminology*, Lippincott, Philadelphia, 1955, p. 3.

(22) García-Pablos de Molina, A., *Tratado de Criminología*, *op. cit.*

(23) Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, traducción de Álvaro Bünstner, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 87

como delictivo (24). Detrás de estos esfuerzos categorizadores del objeto delito, no siempre clarificadores y acertados, hay cierta intuición de algo que, creo, resulta evidente: que un mismo, o similar, objeto o concepto puede dar lugar a problemas de investigación de muy diferente naturaleza y, por tanto, a tradiciones de investigación muy diferentes entre sí (25). Esto es lo que ocurre con el derecho penal y la criminología, que tengan o no el mismo objeto, o se acepte cierta vinculación entre el objeto de una y de otra, cada una de ellas nació y se desarrolló para resolver problemas de investigación diferentes y se configuraron, por tanto, como tradiciones científicas distintas.

Y, pese a ello, ha sido la vinculación de la criminología al objeto delito, su supuesta «sumisión» a, o dependencia del, concepto formal o legal de «*crime*», lo que ha sido criticado por la propia disciplina prácticamente desde su nacimiento como comunidad académica (26). Y aunque, como veremos, fue la criminología (autodenominada) crítica la que acaparó el ataque al delito como objeto, al convertirlo en problema central de la evolución de la disciplina y razón para cambiar la nomenclatura de esta, voces anteriores constataron la existencia del «problema del objeto». Destacaré las de Sellin, Sutherland y «los Schwendingers» por constituir tres modos diferentes de ver el problema y de plantear una solución al mismo.

Para Sellin el problema es científico o, si se quiere, meta-teórico, puesto que para el autor la cuestión es cómo compatibilizar la idea de ciencia, en el sentido puro positivista y explicativo, con algo tan dependiente de lo externo a ella como es el crimen, determinado por lo que el legislador dice que es (27). Señala Sellin que el desarrollo de una ciencia explicativa del comportamiento criminal es incompatible con que los no científicos (abogados o legisladores) definan los términos y los límites del estudio científico del crimen (28). Podría decirse que Sellin quiere evitar que la crítica de Von Kirchman a la ciencia jurídica contagie a la criminología. Y dado que el problema es teórico y consiste en el objeto, la solución solo puede consistir en un cambio de este. Lo que propone el autor para liberarse de las «cadenas» del

(24) Serrano Maíllo, A., *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 26 y ss.

(25) Laudan, L., *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*, University of California Press, Berkeley, 1978.

(26) *Vid. infra.* Veáse Young, J., «Radical Criminology in Britain: The Emergence of a Competing Paradigm», *The British Journal of Criminology*, Vol. 28 (2), 1988, pp. 159-183.

(27) Sellin, T., «Culture Conflict and Crime», *American Journal of Sociology*, Vol. 44, 1938, pp. 100.

(28) Sellin, T., *op. cit.,* p. 100.

derecho penal es situar como objeto de estudio de la criminología las normas de conducta universales (29). Éstas trascienden a cualquier estado o institución de este y no están confinadas necesariamente por lo que dice la ley, por lo que permitirían su estudio como categorías universales conforme exige la lógica de la ciencia.

El planteamiento de Sutherland es distinto. En vez de metateórico lo percibe esencialmente como un problema «político-criminal». Sutherland nunca hizo una crítica explícita del delito como objeto de la criminología, ni propuso directamente una redefinición del crimen como «*social injury*». Pero tales ideas se pueden extraer, sin embargo, de sus consideraciones sobre la insuficiencia de la definición tradicional del delito para dar cuenta de prácticas empresariales poco éticas pero muy lesivas (30). Tras identificar tales prácticas y su lesividad y comprobar que no en todos los estados eran consideradas delictivas, sino que daban lugar a sanciones civiles, y expresar los problemas que ello planteaba al no aparecer en las estadísticas y limitar la visión que se tenía del crimen como ligado a la pobreza (31), Sutherland acaba defendiendo más con sus actos de investigación que con desarrollos teóricos que aquello que no es crimen, pero debe serlo, debe ser objeto de estudio de la criminología. De hecho, su definición de lo característico del delito como «comportamiento que es prohibido por el estado como un daño (32) al estado y contra el que el estado debe reaccionar, al menos como último recurso, con el castigo», anticipa que para hacer un juicio político criminal sobre qué y cómo debe ser castigado, la criminología tiene que atender a la lesividad de la conducta.

Y este es el punto de partida de Schwendinger y Schwendinger quienes, tras un detallado análisis de las posiciones de Sellin y Sutherland, proponen superar la visión tradicional de la criminología que liga el concepto de delito a la definición legal, utilizando los derechos humanos como base para identificar comportamientos criminales (33). Los autores critican las definiciones legalistas del crimen, señalando que minimizan el daño social causado por violaciones de derechos huma-

(29) Sellin, T., *op. cit.,* pp. 100-101. Sobre ello, con un análisis crítico de interés, véase también: Schwendinger, H. y Schwendinger, J. R., «Defenders of Order or Guardians of Human Rights», *Issues in Criminology*, Vol. 5 (2), 1970, pp. 123-157.

(30) Sutherland, E. H., «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, Vol. 5, 1940, pp. 1-12; id., *White Collar Crime*, Dryden Press, Nueva York, 1949.

(31) Sutherland, E. H., *op. cit.*

(32) Sutherland, E. H., *op. cit.,* p. 31. Sutherland utiliza el término *injury* y no *harm*, pero el significado es el mismo. Más adelante, de hecho, cuando habla de la publicidad engañosa y los cambios normativos derivados de la percepción social sobre la lesividad de esta, usa el mismo término como equivalente a lesivo o dañoso.

(33) Schwendinger, H. y Schwendinger, J. R., *op. cit.*

nos, como el derecho a la vida, la igualdad racial, sexual y económica, mientras sí estudian actos individuales menos lesivos sólo porque las estructuras de poder lo deciden así (34). Por ello, la criminología debe redefinir su objeto de estudio para centrarse en las lesiones sociales significativas y no en las definiciones jurídicas impuestas por el Estado, y los criminólogos pasar de ser defensores del orden establecido a convertirse en guardianes de los derechos humanos (35). Como puede verse, pues, que aquí la razón principal de la crítica no es de naturaleza metateórica, sino explícitamente político-criminal, en cuanto que tenía que ver con la propia visión del propósito político o ideológico de la disciplina que, a su vez, determinaba los márgenes de esta.

Esta última visión crítica, totalmente centrada ya en lo político o ideológico, entronca con los desarrollos que desde la sociología y la filosofía comenzaban a cuestionar a mediados y finales del siglo xx no sólo el concepto de delito sino, también, la legislación penal y el papel de la criminología, señalando que al asumir el objeto lo confirmaba y reforzaba las desigualdades sociales y las relaciones de poder (36). Esto dio lugar a una criminología que quiso denominarse crítica, pero también radical, para separarse de la, por ellos, denominada criminología «administrativa», «positivista» o «realista». Esa «nueva» criminología sostenía que la única forma de que la disciplina tuviera credibilidad académica independiente era cortar todos los vínculos institucionales con quienes definen, desde el poder, qué es el delito y centrar su estudio en los procesos de criminalización por sí mismos, esto es, cómo y porqué «ciertos actos «dañinos» llegan a definirse y reconocerse como «crimen», mientras que otros no» (37). La premisa de partida, pues, es política o ideológica: qué es el poder quien define lo que es delito y lo que no. Pero, con la intención de que la criminología abarcara el estudio de otros comportamientos cuyas consecuencias son más generalizadas y dañinas que la mayoría de los comportamientos e incidentes que actualmente conforman el «problema del crimen» (38), estaban declarando implícitamente una idea que sí tiene connotaciones teórico científicas: la de que es posible (y necesario) reconocer que hay conductas lesivas, daños, más allá de lo que el estado, formalmente, defina como delictivo, y que son estas las

(34) Schwendinger, H. y Schwendinger, J. R., *op. cit.,* pp. 130-132.

(35) Schwendinger, H. y Schwendinger, J. R., *op. cit.,* p. 150.

(36) Foucault, M., *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Vintage Books, Nueva York, 1977.

(37) Muncie, J., «Decriminalizing Criminology», en Lewis, G., Gewirtz, S. y Clarke, J. (Dirs.), *Rethinking Social Policy*, SAGE, London, 2000, pp. 217-228, esp. p. 218 y ss.

(38) Muncie, J., *op. cit.,* p. 219.

que debieran constituir el objeto de la criminología más que exclusivamente aquello que, lesivo o no, el estado ha definido como delictivo. Y es que una vez la criminología crítica había logrado «socavar con éxito el concepto legal de crimen» (39), el siguiente paso era definir la disciplina y el campo de la criminología de forma autónoma. Una tarea cuya dificultad estribaba, según los propios críticos reconocían, en encontrar un objeto de estudio definido de la criminología que, en palabras de van Swaaningen y Taylor, no se convirtiera «casi en algo similar a la limitación de todo sufrimiento humano» (40). De ahí que algunos plantearan una ampliación de los horizontes de la disciplina para abarcar el estudio de aquellos daños sociales que a menudo son mucho más lesivos para la sociedad que aquellas actividades restringidas que se han definido como criminales.

2. **¿Más allá de la criminología? El enfoque del daño social**

Es a principios de este siglo cuando se comienza a dar el paso de nombrar un nuevo objeto de la criminología y, a partir de ahí, crear una nueva denominación para la disciplina. Un paso que, ciertamente, y como hemos visto, seguía el camino de quienes ya habían reconocido el problema de limitarse a situar como objeto de la criminología el delito y habían ampliado el objeto de estudio a otros objetos relacionados con algún tipo de lesividad o dañosidad. Además de las ideas ya comentadas de «*social injury*» de Sutherland, o de «*human rights*» de los Schwendingers, recuerda Muncie que a finales del siglo pasado se habían utilizado otros conceptos para ampliar el estudio de la criminología a otros «problemas», a «eventos problemáticos» o a conductas de «rechazo violento al comportamiento democrático» (41). También se usaba ya el término «*social harm*», «daño social», por De Haan, al definir así el delito, y, como recuerda Pemberton, por otros autores como Kramer, Michalowski o Tifft (42). También lo usaba el

(39) Van Swaaningen, R. y Taylor, I., «Rethinking Critical Criminology: A Panel Discussion», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 21, 1994, pp. 183-190.

(40) Van Swaaningen, R. y Taylor, I., *op. cit.,* p. 186.

(41) Steinert, H., «Beyond Crime and Punishment», *Contemporary Crises*, Vol. 10(1), 1986, pp. 21-38, se refiere a los «problemas»; Hulsman, L. H. C., «Critical Criminology and the Concept of Crime», *Contemporary Crises*, Vol. 10(1), 1986, pp. 63-80, a los «eventos problemáticos»; y Pepinsky, H. E., *The Geometry of Violence and Democracy*, Indiana University Press, Bloomington, 1991, al «rechazo violento del comportamiento democrático».

(42) Pemberton, S., «Social Harm Future(s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 48 (1), 2007, pp. 27-41. Véase Tifft, L., «Social Harm Definitions of Crime», *The Critical Criminologist*,

propio Muncie quien demandaba una reconceptualización de la criminología a partir de este término que permita liberarla de la referencia al delito (43). Pero ninguno de ellos lo definía como objeto único y fundamental de la disciplina ni se atrevía a dar el paso de encontrar un término para la disciplina, uno que reemplazara (o fuera más allá de) criminología (44). Como ha señalado Pemberton, es a partir de una serie de reuniones del grupo *Law and Societ*y en 1999 y con la publicación de la recopilación de estas en *Beyond Criminology,* cuando puede comenzar a decirse que tomó tierra la noción de «daño social» (45). El punto de partida, de nuevo, era la crítica a la criminología, en general, y a la criminología crítica en particular, y también la insuficiencia del concepto de delito para lograr capturar «*the full range of harms that impact on our lives*» (46). Y el argumento central es que, frente a ello, el de daño social constituye un concepto mucho más útil para abordar los problemas sociales que afectan a las personas durante toda su existencia (47). En el primer capítulo del libro Hillyard y Tombs presentan nueve críticas clave a la criminología, que vienen a constituir, a su vez, las bases de una nueva disciplina en torno a la noción de «daño social». Entre otras ideas, que como se verán ya habían sido planteadas anteriormente: que el delito no refleja una realidad objetiva sino que es una construcción social; que la criminología perpetúa el mito del delito al asumirlo como objeto de estudio y con ello mantiene las relaciones de poder; que lo que es delito es en ocasiones insignificante y mucho menos lesivo que daños graves causados por actores sociales poderosos; que la criminalización causa dolor o que el control del delito es una industria ineficaz pero acaba siendo legitimado por la criminología al enfocarse en el delito. Frente a ello, la zemiología propone un «cambio de paradigma» hacia un análisis

---

Vol. 7(1), 1995, pp. 9-13; De Haan, W., *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*, 1.ª ed., Vol. 82, Unwin Hyman, London, 1990; Kramer, R. C. y Michalowski, R. J., «War, Aggression and State Crime: A Criminological Analysis of the Invasion and Occupation of Iraq», *The British Journal of Criminology*, Vol. 45(4), 2005, pp. 446-469.

(43) Muncie, J., *op. cit.,* p. 219.

(44) *Ibíd.* Es llamativo que el artículo termina recordando el *Athenaeum de Topinard en el que el autor* expresaba su desagrado por el término «antropología criminológica» y surgiría, a regañadientes, usar el término «criminología» en su lugar, «hasta que se encuentre un mejor término»; y señalando que «un siglo después, esa búsqueda parece incluso más urgente y necesaria».

(45) Pemberton, S., *op. cit.*

(46) Pemberton, S., *op. cit.,* p. 30.

(47) Hillyard, P. y Tombs, S., *op. cit.,* pp. 19-20.

integral de los daños sociales que desafíe lo legal y adopte nuevas perspectivas para alcanzar la justicia social (48).

En ese cambio de paradigma el elemento del que se huye es el delito y el objeto que deviene central es la idea de daño social. Pero ¿Cómo se define este? En los primeros desarrollos de «*beyond criminology*» la idea de daño social se define más en negativo, por contraste o contraposición a lo que no es delito o a aquello que no está abarcado por la idea de delito, que «en positivo», describiendo las cualidades que tiene aquello que es «daño social». Lo más parecido a una definición es la consideración de los autores de que el término debería abarcar «una amplia gama de eventos y condiciones que afectan a las personas durante su vida» (49), si bien ante la evidente amplitud e indefinición de tal propuesta la complementan con una primera lista de tipologías que entrarían dentro del concepto de daño social: los daños físicos (causados en el ámbito profesional médico, por accidentes de coches, actividades laborales, falta de comida o tortura, entre otras muchas), los daños económicos o financieros (entre ellos la pobreza pero también la falta de empleo y otras pérdidas patrimoniales producidas por la interacción con el sistema económico), los daños psicológicos o emocionales y los daños culturales (50), categoría aún más amplia que incluye la autonomía, la idea de desarrollo o el propio acceso a la cultura y la información. La incuestionable amplitud y el relativismo que puede conllevar una definición de tal tipo no sólo era reconocida por los autores sino defendida por la bondad que supuestamente conlleva operacionalizar algo tan indeterminado y de hacerlo teniendo en cuenta otras visiones que no las del propio estado (51). No definir el objeto daño social como modo de superar el reduccionismo del objeto delito.

Es en una fase posterior cuando aparecen intentos más serios de definición o conceptualización de la idea de daño social para evitar que cualquier cosa pueda serlo y, a la vez, no. Yar, uno de los primeros, lo define como «la experiencia intersubjetiva de ser rechazado o no reconocido respecto a cualquiera o todas las dimensiones de las necesidades humanas», que serían el amor, la estima y los derechos, aunque lo vincula a la vez a la idea de delito o de lo que debería ser

(48) Hillyard, P. y Tombs, S., *op. cit.,* pp. 19 y ss. Véase también: Hillyard, P. y Tombs, S., «From 'Crime' to Social Harm?», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 48, 2007, pp. 9-25.

(49) Hillyard, P. y Tombs, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously, op. cit.,* pp. 22 y ss.

(50) Hillyard, P. y Tombs, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously, op. cit.,* p. 23.

(51) Hillyard, P. y Tombs, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously, op. cit.,* p. 24.

considerado como tal (52). Más recientemente Raymen, en una interesante monografía, lo ha relacionado con la idea de florecimiento humano en un sentido ético post aristotélico y lo define como cuando «un individuo, institución o comunidad no persigue, se le impide perseguir o se le desanima de perseguir los bienes genuinos que son internos a las prácticas sociales y a los diversos roles sociales que ocupan» (53). Pero quizás el intento más exitoso haya sido el de Pemberton, que ya en 2007 en uno de sus primeros trabajos sobre el tema reconocía la necesidad, también la dificultad, de delinear una noción coherente de daño: por un lado, por el potencial relativismo que conlleva la desvinculación de este concepto del sistema de justicia penal, y, añade, por otro, porque una definición no restrictiva podría dar entrada a «los intereses de los poderosos» (54). Tras rechazar propuestas como la de los Schwendinger que usaban los derechos humanos como referencia, o la de Muncie, y situar el elemento central de la idea de daño en el adjetivo «social», que los circunscribe a aquellos producidos en el contexto de «las relaciones sociales lesivas comunes a las sociedades capitalistas», Pemberton identifica el daño, al menos inicialmente, como la insatisfacción de las necesidades humanas (55). A partir de la teoría de la necesidad humana de Doyal y Gough (56), Pemberton propone un enfoque normativo que permita diferenciar lo que es necesario estructuralmente para el bienestar humano de los

(52) YAR, MAJID. «Recognition as the Grounds of a General Theory of Crime as Social Harm?», O'neill, S. Y Smith, N. H. (Eds.) Recognition *Theory as Social Research: Investigating the Dynamics of Social Conflict*, Palgrave Macmillan UK, Londres, 2012, pp. 109-26.

(53) RAYMEN, T., *The Enigma of Social Harm: The Problem of Liberalism*, Taylor & Francis, London, 2022, p. 233. A lo que añade «…y cuando se nos impide sistemáticamente adquirir los medios para convertirnos en razonadores prácticos capaces de discriminar entre los diversos deseos, anhelos y bienes en sus vidas, determinar qué es la buena vida para ellos de acuerdo con sus roles, prácticas, circunstancias presentes y contexto, y posteriormente actuar en consecuencia con dicho razonamiento práctico». Reconoce Raymen que es una definición extensa e inmanejable y recomienda fijarse más en el marco que en ella para la difícil tarea de identificar los daños sociales.

(54) PEMBERTON, S., «Social Harm Future(s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach», *op. cit.* y PEMBERTON, S., *Harmful Societies. Understanding social Harm*, Policy press, 2016, p. 14.

(55) En concreto dice Pemberton, que «el daño social actúa como una forma abreviada para reflejar las relaciones, procesos, flujos, prácticas, discursos, acciones e inacciones que constituyen el entramado de nuestras sociedades y que comprometen el cumplimiento de las necesidades humanas, dando lugar así a daños identificables.» PEMBERTON, S., *Harmful Societies. Understanding social Harm*, *op. cit.,* p. 24.

(56) DOYAL, L. y GOUGH, I., *A Theory of Human Need*, 1.ª ed., Bloomsbury Publishing Plc, London, 1991, pp. 8-9.

anhelos subjetivos de estos (57). Y digo el más exitoso porque los padres del concepto de daño social han acabado aceptando una idea similar al definirlo provisionalmente como la ausencia de reconocimiento o satisfacción de las necesidades humanas de un modo que acaba afectando a la posibilidad de plena realización de las personas (58). Y lo primero que se hace evidente de esta definición, antes de entrar en una valoración crítica completa del enfoque, más allá del llamativo esfuerzo que han hecho los autores por huir no sólo del delito sino de la propia idea de daño tradicionalmente usada por la dogmática como argumento de legitimación de la intervención penal, es la amplitud e indefinición epistémica del concepto y lo problemático que puede ser no ya reemplazar el objeto delito sino configurar sobre él una nueva disciplina científica.

Aunque la etiqueta zemiología fuera singular y la nomenclatura no gustase a muchos (59), y pese a lo evidente que resultaba que muchas de las críticas que se hacían al objeto delito eran anteriores y no habían obligado al cambio de etiquetas, puede decirse que desde la publicación de *Beyond Criminology* el enfoque del social harm y de la etiqueta zemiología ha tenido cierto éxito académico. No solo son muchos los trabajos que se han realizado desde este enfoque, sino que también lo son los ámbitos de la criminología, como la denominada *border criminology* (60) o la *green criminology* (61), en los que muchos autores asumen directamente este marco, aunque sea conceptualmente. Un sencillo análisis de las tendencias de uso de términos como *crime, criminology,* social harm y zemiology, tanto en inglés como en español, muestra que desde 2004, y frente a la tendencia estable de los que se refieren a la criminología y el delito, los términos daño social y zemiología, especialmente el primero, experimentaron un significativo crecimiento (62). Quizás lo que esto ponga de mani-

(57) Pemberton, S., *Harmful Societies. Understanding social Harm, op. cit.* p. 22.

(58) Hillyard, P. y Tombs, S., «From "Crime" to Social Harm?», *op. cit.,* p. 17.

(59) Kotzé, Justin, «Criminology or Zemiology? Yes, please! On the Refusal of Choice Between False Alternatives», en Boukli, A. y Kotzé, J. (Eds.) *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 85-10; Copson, L., «Beyond 'Criminology vs. Zemiology': Reconciling Crime with Social Harm», en Boukli, A. y Kotzé, J. (Eds.) *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 33-56.

(60) Soliman, F., *Social Harm at the Border: The Case of Lampedusa*, Routledge, Londres, 2023.

(61) Véase, por todos, White, R., *Environmental Harm: An Eco-Justice Perspective*, Routledge, Londres, 2013, p. 215.

(62) Más de 22.400 resultados en una búsqueda particular (llevada a cabo el 4 de enero de 2025 del término «*social harm*» en *Google Scholar* durante el periodo 2005-2024) constituyen un indicio relevante de la difusión del concepto de daño

fiesto es que el acierto de los proponentes al plantear una transformación de la disciplina estribaba en la declaración, más explícita que nunca gracias a la nueva etiqueta, de que había más objetos dignos de estudio que no eran abarcados por la idea de crimen. Tal vez acertaran en considerar innecesaria una definición clara de lo que es daño social para poner de manifiesto que fenómenos no delictivos como los impactos en los menores de las redes sociales, la destrucción del planeta, la inequidad en la distribución de recursos públicos, entre otros muchos, pueden y deben ser objeto de estudio por la criminología. También es cierto, y lo hemos visto, que la criminología, mucho antes de que apareciera esta etiqueta, se había ocupado de identificar y analizar comportamientos lesivos no considerados delictivos y de criticar la legislación por no hacerlo o por hacerlo de forma inadecuada. Pero una parte de la comunidad académica que integra la criminología no se sentía cómoda en una etiqueta vinculada a la idea de delito y de castigo por él, y las tradiciones de investigación se crean y transforman a partir del cambio de sus problemas de investigación. Y es cuestión de voluntad académica su elección y la configuración de las preguntas y las metodologías de investigación. Por eso, quizás tenga razón Vila Viñas cuando señala que lo de menos es la disyuntiva con la criminología (63), y debamos dejar que los académicos se llamen como consideren y centrarnos en lo importante: analizar si el enfoque del daño social aporta algo a la criminología.

Pues bien, a mi parecer, el éxito que el lenguaje del «daño social» ha tenido a la hora de ampliar los objetos de estudio de interés para la criminología plantea tres consideraciones especialmente relevantes que, estando íntimamente relacionadas entre sí, convendría analizar por separado. La primera es si la criminología, o aquellos integrados dentro de esta comunidad de investigación, debe abandonar el estudio

---

social. Aun así, y como era de esperar, más de 644.000 resultados surgen si se usa durante el mismo periodo el término «*crime*» y 933.000 de la palabra «*criminology*». Es claro que no puede hablarse de un cambio de etiqueta, aunque quizás sí de un importante uso de la idea de daño social dentro de la disciplina. Es llamativo que la búsqueda durante el mismo periodo del término «*zemiology*» dé lugar, en cambio, a 1.320 resultados de búsqueda de artículos y libros. Lo mismo sucede cuando la búsqueda se realiza en español: 13.600 resultados del término daño social frente a 67 del término zemiología. Esto puede ser tomado como un indicio de que el concepto de daño social ha tenido impacto en la disciplina, pero no tanto la propuesta de sustituir la criminología por la zemiología. Sin embargo, la explicación puede ser más sencilla: la mayoría de los trabajos que usan el término «daño social» son estudios sobre algún tipo de fenómeno o evento y no artículos de corte teórico que se ven obligados a plantear el nomen adecuado de la disciplina, y es lógico pensar que son muchos más este tipo de trabajos que los artículos que entran en cuestiones metateóricas.

(63) Vila-Viñas, D., *op. cit.,* p. 25.

del crimen y centrarse en el estudio de los daños sociales. La segunda es si, más allá de lo que se responda a la cuestión anterior, la idea de daño social, o de daño, debe ser relevante en, o incluso central para, la criminología. Y, en ese caso, y aquí entra la tercera, qué concepto de daño debiera adoptarse. En este apartado responderé a la primera y me ocuparé en el siguiente de las otras dos.

Es legítimo que una parte de la comunidad académica decida no dedicarse a estudiar el crimen y centrar sus esfuerzos académicos en otros ámbitos de estudio. De hecho, mientras formaban parte de la comunidad autodenominada criminología crítica ya lo hacían, centrarse en la justicia penal o en otros temas, dejando totalmente de lado el delito como objeto de estudio. Creo, en cambio, que los argumentos que aduce la zemiología para demandar a la comunidad un abandono del delito son endebles, en algún caso resultan incluso pueriles y, desde luego, no pueden resultar convincentes para el grueso de la comunidad. Lo razonaré respondiendo de forma consecutiva a los argumentos de los defensores de la zemiología para criticar la idea de crimen, comenzando por la primera: que el crimen no tiene una realidad ontológica. Es cierto que el crimen es, como tal, una construcción social, como lo es la idea de daño social o lo son los derechos humanos, y no por eso debe negarse su estudio. De hecho, como ha señalado Zedner, en la construcción académica de lo que es un delito la criminología tiene un rol muy importante que desempeñar, y renunciar a hacerlo implica dejar la tarea sólo en manos de otros (64). Es evidente que el proceso de definición de lo que debe ser un delito es normativo y que es la dogmática penal la que se ha ocupado de la misma durante mucho tiempo. Pero la criminología no sólo puede y debe participar críticamente en el debate normativo sobre cómo y porqué y con qué límites pueden construirse esas ficciones (en un sentido ontológico) que llamamos delito, sino que también puede y debe informar de las consecuencias reales y efectos de las conductas que van a ser criminalizadas o de las consecuencias y daños de la propia criminalización para que sean tenidos en cuenta desde una perspectiva normativa. Por tanto, y entramos en el segundo argumento, el crimen no es un mito. Es, en todo caso, un hecho institucional o un constructo social que alguien define como tal y es importante que la criminología participe en el debate de qué debe serlo y qué no. Taparse los ojos no hará que el crimen, tampoco que el daño, sean socialmente nombrados y construidos y desaparezcan. No saber afrontarlo o no saber cómo reducirlo o cómo construir un sistema social que responda mejor ante los daños que llamamos crímenes y aquellos otros que no, no nos debe-

(64) Zedner, L., «Putting Crime Back on the Criminological Agenda», Bosworth, M. Y Hoyle, C. (Eds.), *What is Criminology?*, Oxford University Press, 2012.

ría llevar a dejarlo de lado sino a prestarle más atención. A mi parecer el hecho de que la criminología, especialmente la que se autodenomina radical o crítica, haya adoptado en sus estudios el enfoque del daño social y lo haya incorporado también a la propia idea de crimen mientras sigue, a su vez, estudiando el delito y la respuesta al mismo muestra lo difícil que va a ser que la comunidad abandone el estudio del delito; incluso aunque aceptara que éste es un término demasiado restrictivo. Y entre las razones de que esto sea así está que, frente a lo que señalan como tercera razón, muchos de los crímenes son lesivos, causan daños, y su «dañosidad» no siempre es menor (65). Es cierto que dentro de lo que formalmente es considerado delictivo hay comportamientos de escasa lesividad. De hecho, a nivel numérico o estadístico la gran mayoría de lo que formalmente es considerado delito puede tener escasa lesividad. Pero, si esto es así ¿no debe la criminología denunciarlo y estudiarlo? ¿No debe comparar la lesividad de la venta al por menor de drogas con los efectos lesivos que los cárteles producen en algunas comunidades o con los que la «guerra contra las drogas» causa también en otras comunidades? También es cierto, entrando en el argumento cuarto, que aquello que los sistemas legales consideran delito es, en ocasiones, mucho menos lesivo que daños graves causados por actores sociales poderosos. Pero ello, en todo caso, nos obliga a priorizar otros ámbitos de estudio más allá de lo que es delictivo, no a rechazar el estudio de aquello que sí es delictivo y sí es lesivo ni, tampoco, a dejar de analizar críticamente y a partir de estudios empíricos porqué algunas de las conductas que podrían encuadrarse dentro de lo que se considera daño social y no son delictivas deberían pasar a serlo o debiera responderse a ellas con otros mecanismos de respuesta social más adecuados.

Los otros cuatro argumentos usados por la zemiología para defender el abandono del crimen se relacionan con el modo en que se construye el sistema de justicia penal. El primero se refiere a la construcción del sistema de responsabilidad penal, basado esencialmente en la idea de la autonomía individual y en la intención, que, según señalan, deja fuera otro tipo de culpabilidades morales y responsabilidades más colectivas y corporativas que podrían ser abarcadas mejor desde un enfoque distinto como el del daño (66). Se puede compartir el argumento de fondo de que los daños en sociedad no sólo son causados por actos intencionales o negligentes y pueden deberse a cadenas relacionales más complejas que no siempre pueden ser abarcadas por el

(65) En este sentido también, Greenfield, V. A. y Paoli, L., *Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2022.

(66) Hillyard, P. y Tombs, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously, op. cit.*

sistema penal. Pero, como señala Zedner, esto no necesariamente implica abandonar la responsabilidad penal, sino que en todo caso obligaría a redefinirla para reconocer mejor la responsabilidad criminal de empresas, grupos y gobiernos: «cuando las bases morales del derecho penal son erróneas o están desfasadas, existe un fuerte argumento para su reforma, pero esto no justifica eliminar la categoría legal de crimen» (67). Además, añadiría yo, la zemiología debiera ser cauta con lo que desea. El sistema de responsabilidad penal está pensado precisamente para atribuir responsabilidad a partir de la consideración al otro como un ser moral y con todas las garantías para que sea hecho responsable exclusivamente de lo que le compete. Buscar relacionar daños con responsabilidades fuera de la estructura del derecho es enormemente peligroso y hacerlo fuera del derecho penal pero dentro de otros sistemas puede dar lugar a intervenciones menos garantistas y que causen aún más daño de lo que, ciertamente, causa el derecho penal cuando interviene. Este, por cierto, es el siguiente argumento, que la criminalización y el castigo causan daño (68). Esto es indiscutible, especialmente en algunos castigos penales. Lo que no se entiende es porqué la consecuencia de ello debe ser que no se estudie el delito. Y lo mismo sucede con la idea de que el control del crimen no es efectivo, que no consigue reducir el delito conforme a sus propios objetivos. ¿Cuál es la razón que llevaría, entonces, a dejar de estudiar el crimen? Más allá de la ausencia de ningún tipo de base empírica seria fuera de dos datos descontextualizados (69) que el crimen aumente o que la prisión sea un «fiasco» ¿en qué modo nos determina a dejar de investigar el delito? Quizás la explicación esté en los dos últimos argumentos, el de que el concepto delito otorga legitimidad a la expansión del sistema de control de la delincuencia y el de que sirve para mantener el *status quo* de las relaciones de poder. Es difícil contraargumentar creencias tan asentadas en la criminología crítica como estas. Es cierto, además, que parte de la investigación criminológica asume el uso del sistema penal para el control del delito sin entrar en la cuestión crítica de si hay otros instrumentos para ello o si es necesario tal uso y que, por tanto, puede ser utilizada por el poder económico e institucional para encontrar soluciones a sus planteamientos político-criminales (70). Pero esto no justifica dejar de estudiar el delito,

(67) Zedner, L., *op. cit.,* p. 274.

(68) Hillyard, P. y Tombs, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously, op. cit.*

(69) Hillyard, P. y Tombs, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously, op. cit.,* p. 19.

(70) Hughes, G., «Book Review: *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*», *op. cit.,* pp. 157-159.

sino que, en todo caso, obliga a hacerlo críticamente. Creo que la evidencia de que, en muchas ocasiones, estudiar la delincuencia no ayuda a evitar los daños profundos que ella causa, ni los que causa el sistema penal cuando actúa frente a la misma no nos debiera llevar a dejar de estudiar el delito sino a hacerlo mejor. Y puede parecer una respuesta demasiado genérica y simple, pero más lo es la propuesta de dejar de estudiar el delito, sus consecuencias y la respuesta al mismo.

Queda un aspecto de la primera cuestión que aún debe ser planteado. Si diéramos por buenos los argumentos que he defendido anteriormente de que no debe abandonarse el estudio del crimen aún podría reconocerse una parte de la propuesta de la zemiología, la de que es en el estudio de los daños sociales en lo que debemos concentrar nuestros esfuerzos. Algunos de los argumentos para defender este cambio son particularmente interesantes: que este enfoque permitiría reconocer la diversidad de daños que pueden afectar a las personas a lo largo de su ciclo de vida; que nos permitiría construir una idea de responsabilidad más allá de lo intencional e individual hacia lo colectivo y corporativo; y, finalmente, que priorizaría una política social en lugar de una justicia penal tradicionalmente controlada por los poderosos. Pues bien, es aquí donde creo que el enfoque del daño social dispone de mejores razones al poner el acento en lo que se nos queda fuera de foco al estudiar «sólo» el delito. Sin defender tan contundentemente un cambio de foco que sitúe el daño en primer plano y el crimen en un segundo lugar, sí que considero necesario que la criminología amplíe la mirada mucho más allá de aquello que es considerado formalmente delictivo e, incluso, de aquello que, conforme al entendimiento de nuestro sistema de responsabilidad penal, pudiera y debiera ser considerado como tal, para estudiar otros comportamientos individuales y colectivos tan lesivos o más que los considerados delictivos y que pueden y deben ser abordados por el sistema de justicia y el sistema social. Creo, sin embargo, que el enfoque del daño social no es el más adecuado para lograr tal propósito. Desarrollaré a continuación los argumentos del porqué.

3. **Más allá de la zemiología. El daño en la criminología**

El principal aporte del enfoque de la zemiología no es ni tal etiqueta sustitutiva de la criminología, ni la crítica al objeto delito, que apenas difiere de lo que ya sostenía la criminología crítica tradicional. Tampoco la definición de daño social, en construcción, pero aún demasiado lejos de un desarrollo comprensible que permita reconocer en acuerdo de comunidad lo que es y lo que no daño social. Su princi-

pal contribución ha sido la recuperación del concepto daño. La criminología siempre ha tenido en cuenta el daño, pero menos de lo que debería y siempre más implícita que explícitamente. Como vimos al principio de este capítulo, la idea de daño ya estaba en la obra de Sutherland cuando defiende la consideración como crimen de la delincuencia de cuello blanco por considerarla «lesiva para el estado» o «lesiva para la sociedad» (71). También está detrás de algunas de las reflexiones de los Schvendingers y de la obra de autores como Henry y Milanovic que son probablemente los que antes y de forma más clara habían ligado la idea de daño a la de crimen (72). Por supuesto está detrás de las citadas obras de Muncie y de muchos otros criminólogos críticos que criticaban el concepto de crimen (73), y lo está en la aparición de la victimología, ya incluso en la obra de uno de sus pioneros, Mendelsohn, cuando señala la necesidad de expandir el estudio de «*specic injuries and damages from crime, to include the study of all forms of injury and damage: disasters, accidents, wars, discrimination and other events which cause injury*» (74). También, como veremos con más detenimiento en el apartado dedicado a la política criminal, la idea de daño ha sido utilizada puntualmente para tratar de construir índices de gravedad del delito que sean tomados en consideración por los responsables de las políticas públicas. Estaba implícita en los primeros intentos sistemáticos de medir la gravedad de los delitos ya se encuentran en la obra de Sellin y Wolfgang (75), pero ya lo está explícitamente en el Crime Harm Index de Sherman (76) o en el

(71) *Vid. infra,* p. 21. Recuerdan Greenfield, V. A., y Paoli, L., *Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy,* Oxford University Press, 1.ª edición, 2022, p. 368, que, incluso antes, en 1932, Bonger había definido el crimen como «*a serious antisocial act to which the state reacts consciously by inflicting pain*». Aquí, la idea de daño parece encontrarse más en la consecuencia de la respuesta del sistema penal (tal y como siempre fue considerada la pena por el derecho penal desde muchas perspectivas, como un mal o un dolor causado a quien comete el crimen) que en la consecuencia del acto delictivo. Bonger, W. A., *Criminality and Economic Conditions*, The University of London Press, 1932.

(72) Henry, S. y Milanovic, D., *Constitutive Criminology: Beyond Most Modernism*, Londres, 1996.

(73) *Vid. infra,* pp. 17-18.

(74) Mendelsohn, B., *New Bio-Psycho-Social Horizons: Victimology. Lecture to the Roumanian Society of Psychiatry*, State Hospital «Coltzea», Bucharest, 1947 citado en el interesante trabajo de Dussich, J. P., The Evolution of International Victimology and Its Current Status in the World Today, *Revista de Victimología*, n.º 1, 2015, pp. 37-81.

(75) Sellin, T. y Wolfgang, M. E., *The Measurement of Delinquency*, Wiley, New York, 1964.

(76) Sherman, L. W., William Neyroud, P. Y Neyroud, E., The Cambridge Crime Harm Index: Measuring total harm from crime based on sentencing guidelines., *Policing: A Journal of Policy and Practice* Vol. 10(3), 2016, pp. 17-183.

enfoque de Paoli y Greenfield que introducen, como elemento central de su actividad, la valoración de «los daños» del crimen (77).

Aun así, hay que reconocer que, al menos de momento, ninguno de estos enfoques ha logrado tanta popularidad en el ámbito académico como el del daño social. Podría decirse, por tanto, que la zemiología ha logrado no sólo que se use mucho más en la criminología una palabra, la de daño, que parecía monopolio del derecho penal, sino que se haga para reflexionar normativamente sobre conductas que no son criminalizadas y debieran serlo, para comparar la lesividad de distintos comportamientos, y, en definitiva, para hacer importantes reflexiones de política criminal desde la idea de daño. Y, pese a ello, no creo que el enfoque del daño social resulte el más adecuado para la tarea necesaria de vertebrar desde la idea de daño la política criminal, sumando para ello los esfuerzos de derecho penal y criminología. La razón es doble. Por un lado, por la vaguedad la idea de daño social que se sostiene, tanto para determinar lo que no podría ser considerado como daño como para identificar lo que sí. Es cierto que, como veremos, esto es algo que afecta también al propio concepto de daño tal y a cómo ha sido usado en la dogmática penal, y que se están haciendo esfuerzos recientes por acotar la idea de «social harm». Las definiciones más recientes de Pemberton y de Hillyard y Tombs dejan claro que los eventos naturales y, en general, aquellos que no procedan de ningún tipo de interacción humana, no entrarían dentro de la definición de daño (78); también queda claro que pueden ser considerados daños comportamientos tanto intencionales como no, y tanto individuales como colectivos, y tanto los que sean considerados por los sistemas penales como delictivos como aquellos que no. Pero más allá de ello, lo que es daño social queda en una nebulosa con el riesgo de relativismo y de instrumentalización de la idea que ello conlleva. Quizás, como señalan Greenfield y Paoli, tuvieran razón Hughes y Loader y Sparks al señalar que los zemiólogos «habían pasado demasiado tiempo criticando la criminología que no encontraron suficiente para describir qué lo reemplazaría» (79). Pero, además, si el enfoque de la

(77) Greenfield, V. A. y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *British Journal of Criminology*, Vol. 53(5), 2013, pp. 864-885. Sus autoras, de hecho, referencian el enfoque del daño social como uno de los que hacen mención a la idea de daño para definir las políticas públicas, aunque admiten que esta aproximación es claramente independiente de otras como las de Sherman y como la suya propia más enfocada a las políticas públicas de contol del crimen. De hecho, dicen, con razón, que el enfoque «*offer little practical guidance*». Sobre esto volveré más adelante.

(78) Pemberton, S., *Harmful Societies: Understanding Social Harm*, *op. cit.,* p. 24.

(79) Hughes, G., *op. cit.*

zemiología y del daño social resulta particularmente inadecuado para la tarea de situar en el centro del estudio de lo que hoy denominamos criminología el daño es por su rechazo directo a los desarrollos teóricos que durante décadas se han llevado a cabo desde la cercana disciplina del derecho penal para definir qué es y qué no un daño. Puede entenderse el desprecio directo de la zemiología a los desarrollos teóricos del derecho penal sobre el daño desde la explicación histórica de su rechazo y crítica al derecho penal y lo que representa. Pero desde el momento que se adopta un concepto que no puede más que tener una base normativa, desaprovechar las reflexiones y teorizaciones que se han hecho desde la filosofía del derecho penal, y generalmente con un espíritu crítico, sobre qué puede ser considerado daño y qué no, cuáles son las caracterizaciones principales del mismo, etc., aun dejando de lado aquellos desarrollos que más explícitamente liguen daño con intervención penal, resulta decepcionante y poco prometedor. Cualquier enfoque que parta de afirmar que tanto la criminología como la política criminal tienen que prestar atención a conductas que, independientemente de que estén o no consideradas como delito en el código penal, debieran ser consideradas un daño, está obligado a reflexionar desde, y por supuesto más allá, el trabajo de quienes desde el derecho penal desarrollaron una disciplina teniendo en cuenta la idea de daño.

Eso sí, el objetivo de resituar en el centro de la criminología la idea de daño no debería ser el de sustituir o hacer «ciencia penal» o para asumir desde un nuevo concepto, como el de criminología pública (80), todas las reflexiones normativas que suelen llevarse a cabo desde la dogmática penal. Se trataría, más bien de, tomando en cuenta las reflexiones que desde la filosofía del derecho penal se han llevado a cabo en torno a la legitimación de la intervención penal con la idea de daño y aportando las propias, desarrollar desde la criminología instrumentos que sirvan a la discusión respecto a cómo resolver,

(80) Loader, I. y Sparks, R., *op. cit.* El concepto de «criminología pública» ganó prominencia a finales de la década de 2000, inspirado en gran medida por el movimiento de la «sociología pública» promovido por Michael Burawoy. En su influyente obra, Burawoy abogaba por una sociología que interactuara directamente con diversos públicos más allá del ámbito académico, incluyendo formuladores de políticas, comunidades afectadas y el público en general. Este llamado resonó entre criminólogos que veían la necesidad de que su disciplina tuviera un impacto más tangible en la sociedad.

Autores como Ian Loader y Richard Sparks fueron pioneros en la adopción y adaptación de este enfoque al campo criminológico. En su libro, «*Public Criminology*?» (2010), exploraron cómo los criminólogos podrían y deberían participar en debates públicos sobre el crimen y la justicia penal, argumentando que la criminología tiene una responsabilidad cívica de contribuir al bienestar social. Loader, I., y Sparks, R., Public *Criminology?* Routledge, 1.ª Edición, 2010, pp. 208. No es el momento de entrar aquí en esta nueva etiqueta.

con y sin la ley penal, comportamientos que socialmente debiéramos considerar dañosos. Pero el papel principal de la criminología debe ser distinto al que tiene la ciencia eminentemente normativa que es el derecho penal. La criminología debe ocuparse de comprender, valorar, cuantificar y medir los daños para poder participar en la valoración de cuáles podrían merecer (qué) respuesta penal teniendo en cuenta, también, cuanto daño causan las políticas públicas frente a él. Esto incluye, por supuesto, la labor de identificar otros daños causados por comportamientos que no son considerados delictivos y participar en la valoración político criminal de si es necesaria una respuesta legislativa distinta, etc. Para esto, propuestas como la de Paoli y Greenfield que coloca el daño en el centro del análisis criminológico si bien abogando por una criminología que evalúe sistemáticamente las consecuencias de las conductas criminalizadas y establezca criterios más objetivos para su regulación y sanción, son mucho más funcionales y necesarias para el devenir de nuestra disciplina (81). Volveré sobre este enfoque cuando entre en el papel que tiene la criminología en la política criminal.

III. DAÑO Y DERECHO PENAL

No debería sorprender a nadie que la comunidad académica que se auto denomina «Ciencia del derecho penal» o «dogmática penal» no tenga, como sí lo hace parte de la comunidad criminológica, ningún problema en determinar como objeto esencial de su disciplina «el delito». El delito y la pena constituyen, dice Mir Puig, los objetos centrales del derecho penal, a los que se añade el binomio peligrosidad/medida de seguridad (82). Pero, frente a lo que podría creerse desde la disciplina vecina de la criminología cuando se defiende que ésta se separe del concepto legalista de delito para no subordinarse a la Ciencia penal y al poder que decide lo que es delito y lo que no, parte de la dogmática penal no considera que «el delito», como tal objeto central, deba tener una vinculación con lo legal o lo positivizado en la ley, sino que más bien considera que el centro de estudio de la dogmática lo debe constituir el delito en sentido material. Como ha señalado Silva Sánchez, la doctrina penalista «siem-

(81) En su artículo Paoli, L. y Greenfield, V, «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 23, 2015, pp. 87-100.

(82) Mir Puig, S., *op. cit.*

pre ha afirmado la necesidad de sostener un concepto supralegal (material) de delito, que permita adoptar una perspectiva crítica frente a las leyes vigentes» (83). Detrás de ello está la voluntad, no compartida por todas las posiciones de la dogmática penal (84), pero sí por la gran mayoría (85), de construir modelos de legitimación de las leyes penales. Y a lo que lleva es a la utilización, más allá del delito, de otras referencias materiales que permitan dar contenido a lo que puede ser considerado delictivo. Una de las principales es la idea de daño. Y donde es más evidente el uso del concepto de daño para la construcción material de lo que es un delito es en el derecho penal anglosajón. Sin embargo, la idea de daño también ha adquirido una importancia significativa en la filosofía moral cuando esta se relaciona con cuestiones relacionadas con lo legal cómo qué puede y debe ser castigado. Y, a su vez, siempre han estado presentes de forma implícita en la dogmática penal ideas cercanas al daño como el principio de ofensividad o lesividad; la idea de dañosidad social o el bien jurídico protegido y el propio daño, si bien con varios significados posibles distintos que conviene diferenciar. Para comprender qué pueden aportar todos estos desarrollos del concepto daño debemos comenzar por analizarlos por separado.

1. **Delito y principio del daño en el derecho penal anglosajón**

Fue Mill quien en *On Liberty* enuncia el *harm principle* o principio del daño, al expresar que «el único propósito por el cual el poder puede ser ejercido legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es para prevenir el daño a otros. Su propio bien sea físico o moral, no es suficiente garantía». De esta forma no sólo se excluye, como esencialmente parece pretender Mill, la interferencia del estado en conductas que afectan solo al propio individuo (incluso si estas acciones son consideradas imprudentes o autodestructivas) sino que se establece una base de legitimación de

(83) Silva Sánchez, J. M., *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 29-30.

(84) Jakobs, G., «¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», en Maier, J. B. y Córdoba, G. E. (Eds.), *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 68-69.

(85) Roxin, C., «*El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual*», en Maier, J. B. y Córdoba, G. E. (Eds.), *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Adhoc, Buenos Aires, 2009, pp. 73 y ss.

la coerción estatal por medio del derecho penal (86). Y varios siglos después de aquella expresión, a excepción de la corriente denominada «moralismo legal» conforme a la cual la ley puede y debe intervenir para prohibir conductas moralmente incorrectas, aunque no causen daño directo a otros (87), y pese a la existencia de numerosas críticas de muy distinto tipo al «*harm principle*» (88), la mayoría de la doc-

(86) Mill, J. S., On *Liberty*, Createspace Independent Publishing, 2018, pp. 163, pp. 91 y ss. Como ha señalado Petersen, T. S., *Why Criminalize?: New Perspectives on Normative Principles of Criminalization*, vol. 134, Springer International Publishing, 2020 con el *harm principle* Mill describe una condición necesaria, pero no suficiente, para la intervención del Estado, en el sentido de que aunque podamos identificar tipos de conducta cuya criminalización evitaría la causa de daños, eso no significa que cada vez que el Estado pueda prevenir un daño (o el riesgo de daño) mediante la criminalización de una determinada conducta, entonces deba criminalizarse (o, de otro modo, ser objeto de interferencia por parte del Estado o del público), ya que la aplicación de la ley requerida para evitar el daño podría ser aún más perjudicial. Mill, J. S., *op. cit.*

(87) La idea central del moralismo legal de que el Estado tiene la autoridad para legislar contra comportamientos considerados moralmente incorrectos, independientemente de si estos causan daño directo a otras personas, fue defendida por Lord Patrick Devlin en la década de 1960 a partir del argumento de que la moralidad pública es esencial para la existencia de la sociedad, y permitir actos inmorales podría llevar a su desintegración; y dio lugar a un importante debate con Hart a partir del denominado informe Wolfenden. Acerca de estas cuestiones y, también, acerca de las posiciones de autores más recientes de la filosofía del derecho penal anglosajón encardinados en esta corriente como Moore o Duff y el refuerzo de los valores comunitarios, véanse: Miró Llinares, F. «Derecho penal y moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart», en Bacigalupo Saggese, S., Feijoó Sánchez, B. J., Echano Basaldua, J. I. (Coords.) *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016 y 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*, n.º 17(23), 2015, pp. 1-23.

(88) A lo largo del tiempo, el principio del daño ha sido objeto de múltiples críticas por parte de diversos autores que han cuestionado su validez como criterio absoluto para la criminalización. Además de la crítica de harcourt, sobre la que entraré más adelante, Tadros, V., *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, por ejemplo, ha señalado que basar la justificación del castigo únicamente en la prevención del daño ignora consideraciones fundamentales de justicia retributiva y responsabilidad individual. Otros autores, como Ambos, K., The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the *Harm principle*s, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9(2), 2015, pp. 301-329, han criticado que el daño no siempre es el mejor criterio para distinguir entre lo que debe ser prohibido y lo que no, especialmente en casos donde las normas sociales juegan un papel clave en la construcción de la criminalidad. En un muy interesante trabajo, Edwards, J. R., «*Harm principles*», *Legal Theory*, vol. 20(4), 2014, pp. 253-285, organiza estas y otras objeciones en cuatro categorías principales: en primer lugar, la objeción de subinclusión, según la cual el principio del daño deja fuera conductas que deberían ser criminalizadas porque, aunque no generan un daño directo e inmediato, sí comprometen valores esenciales de la socie-

dad; en segundo lugar, la objeción de los motivos incorrectos, que critica el hecho de que justificar la criminalización únicamente en la prevención del daño ignora otras razones legítimas, como la protección de la moral pública o la promoción de ciertos bienes sociales; en tercer lugar, la objeción del uso de las personas como medios, que sostiene que si la criminalización de una conducta se basa solo en evitar futuros daños, se podría terminar instrumentalizando a los individuos en aras de una finalidad colectiva, vulnerando principios fundamentales de autonomía y dignidad; y, finalmente, la objeción de sobreinclusión, que advierte sobre el peligro de utilizar el concepto de daño de manera demasiado amplia, lo que podría llevar a la penalización de conductas que en realidad no merecerían sanción penal. Frente a estas críticas, Edwards argumenta que no existe un único principio del daño, sino diversas formulaciones que pueden superar algunas de estas objeciones dependiendo de cómo se conceptualice el daño (llega a identificar hasta 24 variantes del principio). Antes de Edwards, Tomlin, P., Retributivists! *The Harm principle is Not for You! Ethics*, vol. 124, n.º 2, 2014, pp. 272-298, había identificado cuatro posibles versiones del principio del daño: la de Mill, J., *op. cit.* que establece que el único motivo legítimo para criminalizar una conducta es la prevención del daño a terceros, sin considerar otros factores morales; una segunda que sostiene que el Estado solo puede criminalizar conductas que sean a la vez un daño y moralmente incorrectas precisamente porque causan daño o lo ponen en riesgo; la tercera, que establece que el daño es una condición necesaria pero no suficiente para criminalizar; y la cuarta versión, que considera que solo es legítimo criminalizar si hacerlo previene un daño de manera efectiva. Antes, sin embargo, Tadros, V., *op. cit.* había establecido dos versiones del *Harm principle*. 1) Es incorrecto criminalizar una conducta v si llevar a cabo v no causa ni implica un riesgo de daño; y, 2) Es incorrecto criminalizar una conducta v si la criminalización de v no previene un daño. Esta diferenciación ha dado lugar a la clasificación más exitosa de versiones del principio del daño, la de Duff, R. A., y Marshall, S. E., «"Abstract Endangerment", Two *Harm principle*s, and Two Routes to Criminalisation», *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* Vol. 3(2), 2015 que finalmente identifican dos principios del daño distintos, el que podría denominarse principio de prevención del daño (*harm prevention principle*) y el principio de la conducta lesiva (*harmful conduct principle*), siendo el primero el de que una buena razón para criminalizar una conducta es que el hacerlo prevenga eficientemente un daño a otros, y el segundo el de que una buena razón para criminalizar una conducta es que sea lesiva para otros, que se acerca mucho más a la formulación tradicional. La diferencia entre ambos no es menor puesto que mientras que el principio de prevención del daño puede justificar la criminalización de conductas que no son intrínsecamente daños, pero cuya prohibición contribuye a la reducción de riesgos a nivel social, el otro proporciona un límite más claro y garantista sobre qué tipo de conductas pueden ser sancionadas penalmente. Lo importante, en todo caso, es que cada una de estas versiones, según Edwards, J., *op. cit.* podría de algún modo evitar las críticas: la versión instrumentalista del principio del daño podría responder a la objeción de subinclusión al permitir la criminalización de conductas que, aunque no causen daño inmediato, sí contribuyen a prevenir daños futuros, mientras que una versión más restringida y centrada en la lesión directa a intereses individuales podría responder a la objeción de sobreinclusión, limitando el derecho penal solo a aquellos casos en los que el perjuicio es real y tangible. Lo relevante, a mi parecer, es que, como señala Edwards, J., *op. cit.,* el problema no sería el principio del daño en sí, sino la falta de precisión en su aplicación, lo que ha permitido que tanto sus defensores como sus críticos lo utilicen de manera ambigua para justificar posturas opuestas en el debate sobre la criminalización Edwards, J. R. ob. cit.

trina anglosajona sigue situando de algún modo en la exigencia de un daño la condición de legitimidad fundamental de la intervención penal (89). Y ello, pese a la enorme dificultad que la doctrina penal anglosajona ha tenido para determinar qué se entiende por daño y a la evidente tendencia, a lo largo de los años, a que se fuera ampliando el concepto hasta irse desnaturalizando la exigencia (90).

En cuanto al concepto, Mill no proporcionaba una definición precisa de qué constituye daño. A lo largo de su obra parecía sugerir que el daño implica una afectación significativa a los intereses de una persona, especialmente en relación con sus derechos (91), pero lo único que proporcionaba era una especie de definición en negativo al afirmar que no toda molestia o impacto negativo constituye un daño en el sentido relevante para justificar la intervención estatal. El daño, por tanto, implicaba una lesión a intereses legítimos y permitiría la intervención del derecho penal, mientras que la ofensa, aquello que puede incomodar o desagradar a otros, no constituye base suficiente de legitimación. La primera y más importante definición «positiva» de daño la ofrece Feinberg cuando lo define como *un retroceso en los intereses de una persona respaldados por derechos* (92). Conforme a esta definición un daño tiene que ser una afectación real y tangible a los intereses fundamentales de una persona y los mismos deben estar protegidos, en el sentido de reconocidos dentro de la estructura legal (93). Esta conceptualización da cabida, según Feinberg, a los daños materiales, afectaciones tangibles y objetivamente medibles, como lesiones físicas o pérdidas económicas, y también a los inmateriales, afectaciones psicológicas o emocionales que pueden ser más difíciles de cuantificar, pero que pueden tener impacto significativo en

(89) Por todos, el clásico de GARDNER, J., y SHUTE, S., «The Wrongness of Rape», Horder, Jeremy (Ed.) *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law,* Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, pp. 201-32.

(90) HARCOURT, B., «The Collapse of the *Harm principle*», *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 90(1), 1999, pp. 109 y ss.

(91) STANTON-IFE, J., «The Limits of Law», Zalta, E. N. (Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2022.

(92) FEINBERG, J., *Harm to Others: Volume 1*, Oxford University Press, 1984, pp. 33 y ss.

(93) Sobre el solapamiento entre los dos sentidos de daño, el normativo y el no normativo, en Feinberg, que llevaría a la idea de que «*all wrongful conduct that sets back the interests of others violates their rights*», véanse las interesantes reflexiones de HUSAK, D., *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, New York University Press, 2008, p. 71. Lo que está claro, en todo caso, es que el solapamiento no lleva a la consideración de que todo injusto moral es daño, sino que de que todo daño, para ser considerado como tal, debe ser un injusto moral.

la vida de una persona (94). Y Feinberg añade a la definición «en positivo» otra en negativo, al diferenciar los daños de las ofensas, experiencias desagradables o perturbadoras que una persona puede sufrir debido a las acciones de otros, pero que no necesariamente afectan intereses protegidos por derechos (95). Stanton-Ife identifica acertadamente cuatro elementos clave de esta definición: la identificabilidad o verificabilidad del daño, conforme a lo cual no basta con decir que algo «afecta a la sociedad» de manera abstracta, sino que debe haber un perjuicio real (96); el que debe implicar una pérdida significativa en intereses fundamentales, de modo que no cualquier molestia justifique la intervención; que el daño debe tener un agente responsable, de modo que los retrocesos de intereses no atribuibles a ningún agente no justificaría una prohibición penal; y finalmente que el daño esté dentro de la esfera de lo evitable por la regulación penal. Es evidente que esta definición de daño, de inspiración filosófica claramente liberal (97), liga el daño a los intereses de las personas lo que, sin embargo, no significa que no sea posible que se dañe un interés colectivo, sino que este sólo sea considerado daño en la medida en que tal interés sea esencial, a su vez, para la realización de las condiciones esenciales de

(94) Feinberg, J., *op. cit.*

(95) Véase al respecto Miro Llinares, F., *La criminalización de conductas ofensivas*, *op. cit.*

(96) Esto lo explica muy bien Fletcher cuando señala que el daño es una manifestación concreta y física observables por todos: «se expresa en un cuerpo muerto, una cicatriz, un brazo roto, una casa totalmente quemada, un objeto roto, o las huellas de una violación».

(97) O, como aclara Fletcher, por el significado que tiene la idea de «liberal» en lo anglosajón, mejor «libertaria». Fletcher, G. P., *The Grammar of Criminal Law, op. cit.,* p. 39. Añade algo importante el autor, y es que esta construcción liberal de la idea del daño suele ser adoptada por la tradición utilitaria que sostiene la idea del castigo como forma de protección de los intereses de la sociedad, pero es compatible también con enfoques paralelos de la tradición kantiana/hegeliana que sitúan la protección de la libertad humana como el valor primario de su teoría política. Esta conceptualización sobre el daño a la libertad de las víctimas se encuentra tanto en el ámbito neokantiano alemán, con Köhler como exponente principal, quien en su obra *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (1997) discute el daño a la libertad como un concepto alternativo al daño físico, concreto e irreversible Köhler, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, C. H. Beck, Múnich, 1997,* pp. 40-41. En el ámbito anglosajón, Dan-Cohen ofrece una perspectiva similar en su trabajo «*Basic Values and the Victim's State of Mind*», donde analiza cómo las víctimas pueden experimentar un daño psicológico o emocional en lugar de un daño físico concreto, señalando que la coerción sobre la libertad puede ser igualmente perjudicial, aunque no irreversible. Dan-Cohen, Meir, «Basic Values and the Victim's State of Mind», The *Morality of Criminal Law: A Symposium in Honor of Professor Sandy Kadish*, *California Law Review* Vol. 88 (3), 2000, pp. 759-779.

vida de los individuos (98). Eso sí, Feinberg establecía este *harm principle* no como razón suficiente para la criminalización sino como razón inicial, y admitía que el *harm principle* requería después una teoría de los derechos morales y una teoría de la conducta contraria a derecho (o injusto), para complementar la limitación al legislador (99).

La definición de Feinberg ha sido la base desde la que la mayoría de la doctrina ha desarrollado el daño como criterio de legitimación de la intervención penal. Sin embargo, a partir de ahí surgieron tanto propuestas de reforma del concepto de daño como críticas al mismo. Definiciones de daño posteriores ha habido muchas (100), así como versiones correctoras del *harm principle*, pero considero especialmente significativas la versión del daño de Raz y la de Von Hirsch y Simester. Raz introduce una reinterpretación del daño vinculándolo con el concepto de bienestar y autonomía personal. A partir de la idea de autonomía personal Raz sostiene que una conducta es un daño cuando *«tiene un efecto perjudicial sobre el bienestar personal»* (101). Así, si una acción impide que alguien alcance un objetivo valioso se considera daño, incluso si no involucra una lesión directa o la violación de un derecho formal. A ello añade Raz que el estado no solo debe evitar que las personas se dañen entre sí, sino también permitir las condiciones favorables para el ejercicio de la autonomía. Frente a la visión más individual, y de daño esencialmente directo, de Feinberg, Raz defiende, pues, que el estado use la coerción frente a quienes impiden el acceso a otros a oportunidades moralmente

(98) Así lo dice el propio FEINBERG, J., *ob. cit.*, p. 63, lo cual, como señala acertadamente Rusca, constituye una de las diferencias significativas entre el principio del daño y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, puesto que si bien en el daño el menoscabo de los intereses públicos es considerado tal en cuanto sirvan a «a la calidad de vida de las personas», en la tradición continental europea, «existe cierta tendencia a sostener que un interés puede constituir un bien jurídico colectivo aunque su afectación no tenga ninguna repercusión en el bienestar de las personas». RUSCA, B., «En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño», *Política Criminal*, vol. 15(30), 2020, pp. 811-839.

(99) FEINBERG, J., ob. cit., pp. 17 y ss. y 111 y ss. En este sentido una de las obras más interesantes que parte del principio del daño como un primer filtro pero que exige otros posteriores para que la criminalización resulte legítima es la de SCHÖNSCHECK, J., *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of Criminal Law*, Springer Science & Business Media, 1994.

(100) Una de las mejores suele ser olvidada y es la de FLETCHER quien, al contraponer las tres perspectivas de la naturaleza del crimen, la del deber moral, la del daño y la de la infracción de la norma, define el daño como «el impacto negativo irreversible en los intereses protegidos de otro, generalmente, otra persona». FLETCHER, G. P., *op. cit.,* p. 39.

(101) RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1988, p. 413.

valiosas (102). De este modo no sólo reconoce intereses que van más allá de lo individual, sino que restringe la idea «a la Feinberg» de que «sufrimos daño cuando nuestros intereses se ven afectados negativamente» (103) con el riesgo que ello supone de permitir la criminalización de gran parte de la inmoralidad convencional. Según Raz sólo sufriríamos un daño si debido a la privación de habilidades u oportunidades valiosas, nuestras perspectivas futuras se ven reducidas (104). Y esto también es sostenido por Simester y Von Hirsch a partir de la idea de que el daño no debe limitarse únicamente a la afectación de intereses protegidos por derechos individuales, sino que debe incluir la erosión de estructuras normativas que garantizan el ejercicio de esos derechos (105). Así, una acción puede ser criminalizada no solo porque causa un perjuicio tangible a una persona en particular, sino porque socava el orden normativo necesario para la autonomía y la seguridad de todos los ciudadanos. Para von Hirsch y Simester, pues, el daño puede adoptar formas más amplias, abarcando conductas con capacidad para afectar negativamente el tejido social y las condiciones necesarias para la igualdad de oportunidades y el ejercicio de la autonomía, aunque el perjuicio individual sea menos evidente (106). Obviamente esta ampliación tiene implicaciones importantes como son la aceptación de los daños colectivos o la criminalización de los llamados delitos de peligro abstracto. Mientras que Feinberg se mostraba escéptico ante la penalización de conductas que no causan un daño individual concreto, Von Hirsch y Simester defienden que algunos delitos pueden justificarse porque afectan a la sociedad en su conjunto, debilitando la confianza en el orden normativo o generando riesgos estructurales significativos (107).

Pese a tales intentos de concreción del *harm principle* el problema, para muchos autores, sigue estribando en la indeterminación de lo que puede ser considerado daño. Por citar dos de las críticas más significativas, Stanton-Ife critica la definición de daño de Feinberg, y también desarrollos posteriores como los de von Hirsch y Simester, por

(102) Raz, J., *op. cit.,* p. 416. El propio Feinberg criticó lo que consideró una ampliación excesiva del concepto de daño, en cuanto que si este podía incluir cualquier afectación negativa sobre el bienestar podría justificar una intervención estatal demasiado amplia. Feinberg, J., *op. cit.*

(103) Feinberg, J., *op. cit.,* pp. 35 y ss.

(104) Gardner, J., *op. cit.,* p. 3; Raz, J., *op. cit.,* pp. 413-414; Simester, A. P., y Von Hirsch, A., *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Bloomsbury Academic, 2014.

(105) Simester, A. P. y Von Hirsch, A., *op. cit.,* pp. 36-37.

(106) Simester, A. P. y Von Hirsch, A., *op. cit.,* p. 42.

(107) Simester, A. P. y Von Hirsch, A., *op. cit.,* p. 78.

«*depender de valoraciones morales previas sobre qué intereses merecen ser protegidos por derechos.*» (108) Para el autor, al considerar Feinberg como daño legalmente relevante sólo a aquél que resulta de un injusto, esto es, de una conducta «moralmente indefendible» introduce un elemento moralista en la definición de daño, lo cual conlleva un riesgo de no distinción de su propuesta de la del moralismo legal (109). Un argumento similar es el sostenido por Harcourt, para quien la supuesta «neutralidad» del concepto de daño de Feinberg apenas esconde todo un conjunto de condicionamientos morales y políticos que, dependiendo del contexto normativo de cada sociedad, van dando forma a lo que es considerado daño (110). La demostración de que esto es así, señala Harcourt, es que el uso del *Principio de Daño* como criterio legal para la criminalización ha llevado a un expansionismo punitivo que contradice sus supuestos originales (111). Lejos de limitar la intervención estatal, el *principio del daño habría colapsado bajo el peso de su propio éxito* facilitando la ampliación de la criminalización bajo el pretexto de prevenir daños cada vez más abstractos al expandirse el concepto (112). Esto, además, ha llevado a una instrumentalización ideológica del principio que sólo ha llevado a ampliaciones de lo punitivo, de modo que desde posiciones ideológicas contradictorias se justifican regulaciones incompatibles entre sí bajo el exclusivo argumento del daño, y todo ello sin tener que debatir sobre cuestiones morales (113). Y esto podría tener, incluso, base empírica: en un interesantísimo trabajo Sood y Darley, señalan que, aunque el *harm principle* ha sido considerado un criterio objetivo para limitar el derecho penal, en la práctica su aplicación es maleable y depende de los prejuicios y valores morales preexistentes. Para probarlo realizaron cuatro estudios experimentales en los que presentaron a los participantes diferentes escenarios de transgresión moral sin daño aparente (como la profanación de símbolos nacionales o la desnudez pública) y midieron cómo evaluaban el daño en función de la exigencia de criminalización. Los resultados mostraron que el con-

(108) Stanton-Ife, J., ob. cit.

(109) Stanton-Ife, J., ob. cit.

(110) Harcourt, B., *op. cit.* En un sentido similar Ashworth, A. y Horder, J., *Principles of Criminal Law*, 7.ª ed., Oxford University Press, 2013, p. 28 señalan que la definición de daño de Feinberg no resuelve la naturaleza abierta y moral de daño. La definición de daño de Feinberg como *«aquellos estados de interés perjudicado que son consecuencia de actos ilícitos u omisiones de otros»* no resuelve estas cuestiones más amplias Feinberg, J., *op. cit.*

(111) Harcourt, B., *op. cit.*

(112) Harcourt, B., *op. cit.,* p. 115.

(113) Harcourt, B., *op. cit.,* pp. 109 y ss.

cepto de daño no es tan objetivo ni universal como suele suponerse, que podía verse influenciado por las visiones morales y políticas y, que podía ser utilizado estratégicamente para legitimar la expansión del derecho penal (114). Esto, reconocían los autores, desafía la validez del *harm principle* como un criterio fiable para la criminalización, ya que su aplicación está condicionada por factores externos como la ideología, las normas sociales y los valores morales dominantes. Pero esto no lleva a los autores a sostener un abandono del principio, sino a constatar la necesidad de desarrollar mecanismos que garanticen una evaluación más objetiva del daño en el ámbito jurídico penal (115).

Porque sería un error desacreditar el principio del daño simplemente porque los legisladores lo invoquen para justificar leyes defectuosas. Al igual que se ha dicho con respecto al bien jurídico cuando no ha ejercido su función crítica, la existencia de normas penales mal diseñadas no implica que el *harm principle* sea erróneo en sí mismo, sino que también puede suponer que sus principios hayan sido malinterpretados o aplicados de manera inadecuada (116). Como señala Edwards (117), esto ha sido aducido por distintos autores quienes han mostrado cómo el legislador comete errores cómo el error de criminalizar conductas sin considerar su contexto social (118), el de ignorar la relevancia de la tolerancia para fomentar la deliberación y la exposición a lo diverso (119), o directamente el error que supone obviar el daño que las propias políticas punitivas pueden causar, como ocurre con la criminalización de conductas que afectan principalmente a comunidades marginadas (120). Que los legisladores cometan estos errores no invalidaría el principio del daño, sino que reforzaría la necesidad de aplicarlo correctamente como barrera contra la criminalización injustificada (121). Pero para demostrar que la criminaliza-

---

(114) Sood, A. M., y Darley, J. M., «*The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals*», *California Law Review* Vol. 100(5), 2012, pp. 1313-1358.

(115) Sood, A. M., y Darley, J. M., *op. cit.*

(116) Kahlo, M., «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en Hefendehl, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007, pp. 53-68.

(117) Edwards, J. R., *op. cit.*

(118) Raz, J., *op. cit.*; Gardner, J., *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2007.

(119) Brink, D. O., *Mill's Progressive Principles*, Oxford University Press, 2013; MILL, J. S., *op. cit.*

(120) Green, P, y Ward, T., *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. Pluto Press, 2004.

(121) Así, y siguiendo a Jareborg, el problema no radica en el principio del daño en sí, sino en su distorsión dentro de un derecho penal ofensivo que lo instru-

ción de una conducta es necesaria y proporcional para prevenir un daño real parece evidente que necesitamos una mejor concreción de lo que es daño.

2. La construcción del daño en la filosofía moral y sus problemas

Acabamos de ver, y ha argumentado recientemente Folland, que el problema no sería tanto el *Harm principle* como la dificultad de encontrar una teoría del daño que pueda sostenerlo de manera coherente y efectiva (122) y que pueda, incluso, operativizarlo efectivamente para la toma de decisiones de lo que puede y no puede ser criminalizado. Pues bien, aunque el concepto de daño tiene sus orígenes en la filosofía del derecho, es en el ámbito moral donde ha encontrado un desarrollo más robusto y detallado en las últimas décadas. Es lógico que sea así. Como ha señalado MacCormick, el de daño es en sí mismo un concepto cargado de moral (123). Es en ese contexto donde más amplios, y probablemente mejores, esfuerzos se están haciendo para encontrar conceptualizaciones adecuadas y potencialmente operativas que permitan definir cuándo una acción o evento perjudica a una persona (o a un colectivo) y puede considerarse un daño. Aunque no es el objetivo aquí realizar un análisis detallado de todas o de la mayoría de ellas, sí considero necesario, de cara a lo que se sostendrá posteriormente respecto al potencial impacto del uso del concepto de daño en la política criminal, plasmar algunos de los posi-

---

mentaliza para justificar la penalización de riesgos abstractos o de actos sin una afectación concreta a bienes jurídicos. Jareborg, N., «What kind of criminal law do we want?», Snare, A. (Ed.), *Beware of punishment: On the utility and futility of criminal law*, Pax Forlag, 1995, p. 17 y ss. Jareborg defiende que el principio del daño, lejos de ser un mecanismo expansivo, es una garantía que limita la intervención penal a aquellos casos donde se demuestre un perjuicio real e individualizado, evitando así el uso del derecho penal como herramienta de control social o de gestión de riesgos Jareborg, N., *op. cit.,* pp. 319-20. Su perspectiva permite rescatar el principio del daño como un criterio normativo que restringe el poder punitivo del Estado, en lugar de convertirlo en una excusa para ampliar la represión bajo pretextos preventivos o simbólicos. Jareborg, N., *op. cit.,* p. 35.

(122) Folland, A., «The *Harm principle* and the Nature of Harm», *Utilitas* Vol. 34(2), 2022, pp. 139-153.

(123) Maccormick, N. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford University Press, 1982. Haciendo referencia a esta cita de MacCormick añaden Ashworth y Horder que, al definir el daño en términos de violación de los intereses legítimos de las personas, «debemos mantenernos conscientes de la naturaleza moral, cultural y política de los intereses reconocidos en un sistema particular». Ashworth, A. y Horder, J., *op. cit.,* p. 28.

cionamientos principales de la filosofía moral y lo que se ha objetado a los mismos para poder observar en qué se centra el debate.

Algunas de estas teorías u operativizaciones del concepto de daño son: la teoría comparativa temporal, que sostiene que un evento daña a una persona si la deja en una situación peor en comparación con su estado anterior al evento; la teoría comparativa del género humano que propone que un evento daña a una persona si la deja en una situación peor que el nivel normal de bienestar de la humanidad; o la, quizás más exitosa que las anteriores, la teoría comparativa contrafactual que establece que un evento daña a una persona si, y solo si, la persona está peor de lo que habría estado si el evento no hubiera ocurrido (124). Y hay otras muchas propuestas de conceptualización de daño que huyen de «lo individual» y entienden este como «cualquier acción que fragilice la capacidad de los sistemas biológicos y sociales para sobrevivir y adaptarse». Esta es la posición de Gibney y Wyatt para quienes el daño no es solo un perjuicio directo a un individuo, sino cualquier impacto negativo que comprometa la sostenibilidad y resiliencia de la vida en su conjunto, ya sea a nivel ecológico, social o evolutivo (125).

Lo cierto es que todos estos marcos para comprender y evaluar la existencia de un daño han recibido numerosas críticas centradas, esencialmente, en su capacidad operativa (126). Hasta el punto de que algunos autores usan el apelativo «Frankenstein» para referirse a lo que consideran un concepto fundamentalmente defectuoso y que debiera ser eliminado del análisis filosófico y moral, ya que todas las teorías existentes

---

(124) Es decir, se realiza una comparación contrafactual entre el estado actual de la persona y el estado en el que estaría en ausencia del KLOCKSIEM, J., «A Defense of the Counterfactual Comparative Account of Harm», *American Philosophical Quarterly* Vol. 49(4), 2012, pp. 285-300.

(125) Fundamentan esta postura en principios de biología y ecología, sosteniendo que la estabilidad de los sistemas vivos es el criterio objetivo que debe guiar las regulaciones jurídicas y morales, eliminando así la arbitrariedad en la aplicación del Principio del Daño. Esta redefinición permitiría una evaluación más científica del daño, otorgando prioridad a la preservación de la vida y la continuidad evolutiva, lo que, según los autores, proporcionaría una base normativa más sólida y universal para la justicia. Más allá de la fundamentación de esta idea de daño y si se diferencia mucho o poco del moralismo legal lo que es evidente es la dificultad que supondría operativizar una conceptualización como esa. GIBNEY, E. D., y WYATT, T., 2021. «Rebuilding the *Harm principle*: Using an Evolutionary Perspective to Provide a New Foundation for Justice», Davies, P., Leighton, P. y Wyatt, T. (Eds.) The Palgrave Handbook of Social Harm, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 349-76.

(126) Véase, por ejemplo, HOLTUG, N., «The *Harm principle*», *Ethical Theory and Moral Practice* Vol. 5(4), 2002, pp. 357-389; JONAS, M., «Assessing Baselines for Identifying Harm: Tricky Cases and Childhood», *Res Publica*, vol. 22, 2016; PETERSEN, T. S., «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the *Harm principle*», *Res Publica*, vol. 20(2), 2014, pp. 199-214.

para definirlo presentan problemas insalvables. Así lo sostiene Bradley (127), quien realiza una crítica a las formulaciones predominantes del daño mostrando que cada una de ellas falla en proporcionar una definición coherente, consistente y aplicable a los problemas morales y jurídicos en los que se pretende utilizar (128). Al carecer, dice Bradley, de un núcleo conceptual sólido y estable, la idea de daño se convierte en una herramienta filosófica imprecisa e inadecuada para fundamentar juicios normativos sobre la permisibilidad de ciertas acciones y la intervención estatal en la vida de los individuos y, por ello, debería abandonarse y buscarse otros criterios para fundamentar las normas morales y jurídicas (129). Creo, sin embargo, que tienen razón quienes argumentan que la debilidad de ciertas teorías del daño ni implica la invalidez del *harm principle* en sí mismo, ni debe llevar irremediablemente a renunciar al desarrollo de la idea de daño. Lo único que confirma es simplemente la necesidad de continuar refinando el concepto de daño que lo sustenta.

En dos trabajos recientes de enorme interés, Folland critica ese escepticismo extremo sobre el daño de Bradley y otros, calificándolo como una postura innecesariamente radical, ya que las dificultades conceptuales que enfrenta el daño podrían resolverse sin necesidad de abandonar un concepto que sigue desempeñando un papel crucial en nuestras prácticas normativas. Lo sostiene sobre tres argumentos fundamentales. El primero es que la indefinición o el desacuerdo filosófico sobre un concepto no implican inutilidad. Señala Folland, respecto al

---

(127) Bradley, B., «Doing Away with Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 85, n.º 2, 2012, pp. 390-412.

(128) Bradley examina las principales concepciones del daño en la literatura filosófica contemporánea, la Teoría Comparativa Contrafactual (CCA), la Teoría Comparativa Temporal (TCA)y la Teoría Comparativa del Género Humano (MCA). De la primera señala que presenta problemas en casos de primacías anteriores y de omisiones, al permitir que cualquier reducción en el bienestar pudiera ser clasificada como un daño; de la segunda, que ignora los daños que consisten en impedir mejoras futuras, ya que solo se enfoca en cambios negativos desde un estado anterior; y la tercera, porque excluye casos en los que una persona sufre una pérdida importante, pero sigue estando por encima del nivel medio de bienestar humano. Bradley, B., *op. cit.*

(129) En particular propone Bradley, B., *op. cit.* conceptos como el de intereses legítimos o derechos fundamentales, que, a su parecer, podrían proporcionar una base más estable y objetiva para la toma de decisiones normativas sin depender de una noción de daño que es fundamentalmente ambigua y problemática. No es el objetivo de este trabajo discutir con el autor, pero podría ponerse el ejemplo del «bien jurídico protegido» como potencial sustituto para el ámbito anglosajón del «*harm principle*» para ver que los problemas de indefinición y la categorización de concepto Frankenstein podría aplicarse de igual modo a otros conceptos. Veáse Miró Llinares, F., «Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho penal», González Cussac, J. L. (Dir.) y León Alapont, J. (Ed.) *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo,* Tirant lo Blanch*,* 2020, pp. 599-620.

daño, que otras áreas de la filosofía moral han operado con conceptos de daño que no han sido definidos de manera completamente precisa y, sin embargo, han seguido desempeñando un papel normativo crucial(130); y, añade, esto también sucede con otros conceptos de la filosofía moral como el de justicia, abordado de manera diferente por Rawls, Nozick, o Sen, sin que ello implique que debamos eliminar la noción de justicia del análisis filosófico. El segundo argumento de Folland es que, a pesar de la falta de consenso teórico, existe un núcleo de casos en los que todos estamos de acuerdo en que se ha producido un daño, lo que sugiere que el concepto tiene una base estable y útil(131). Y, como tercer argumento, Folland señala que la alternativa al *harm principle* sería un moralismo legal arbitrario que justificaría la criminalización de conductas basándose en criterios vagos y potencialmente abusivos.

Lo interesante de estos argumentos, y los que los hace poderosos a mi parecer, es que no se apoyan en la existencia de una teoría perfecta del daño, sino en que la alternativa sea peor con la ausencia de cualquier referencia para la limitación de la intervención penal. Pero lo que ponen de manifiesto, sobre todo, es la potencial utilidad práctica de una idea de daño fuerte y operativizada para garantizar la protección de las libertades individuales frente a posibles excesos de regulación estatal. La idea o plasmación de daño que necesita una teoría de la criminalización que lo incorpore como exigencia no es uno que se solape con la idea de injusto, ni uno que de cabida a cualquier idea moral, sino aquella que requiera argumentos de legitimización que haya que superar para poder decir que una conducta sí es dañosa. Antes de ello es momento de ver qué ha sucedido en el derecho penal continental, donde no hay principio del daño explícito como tal, pero esta figura no ha dejado de estar presente en la discusión dogmática.

3. **Bien jurídico, ofensividad, dañosidad social y daño material. El daño en la dogmática penal continental**

Puede decirse que en el derecho penal continental no existe el principio del daño. Pero es más afinado afirmar que, si bien la dogmática penal de influencia alemana no lo formula expresamente como principio, como si lo hace gran parte de la anglosajona, lo hace tácitamente cuando además de formular el principio de exclusiva protec-

(130) De Fine Licht, K. y Folland, A., «Defining 'Social Sustainability': Towards a Sustainable Solution to the Conceptual Confusion», *Etikk i praksis – Nordic Journal of Applied Ethics*, Vol. 13, n.º 2, 2019, pp. 21-39.

(131) Folland, A., *op. cit.,* pp. 139-153.

ción de bienes jurídicos le otorga a éste, para la legitimidad de la intervención penal, un contenido material, o exigencia de lesividad, real (132). Con esto me sumo a Turienzo Fernández cuando señala que daño y bien jurídico no son en realidad «construcciones teóricas antagónicas sino perfectamente complementarias por tratarse de dos caras de una misma moneda» (133). Explicaré porqué esto es así a partir de una revisión sucinta del papel que la dogmática penal ha atribuido a

(132) Sobre los significados y alcance de este principio véase Rudolphi, H. J., «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo Pensamiento Penal*, Año IV Vol. 5(8), 1975, pp. 152 y ss.

(133) Turienzo Fernández, A., «El daño social como consecuencia del delito y su importancia político-criminal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2022. Con esto no estoy diciendo *que Harm principle* y principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sean exactamente lo mismo, ni siquiera que sea, usando los términos de Persak, un posible «continental counterpart» del bien jurídico. Aunque sobre ello volveré más adelante, lo que sostengo es que un entendimiento material de la exigencia de la exclusiva protección de bienes jurídicos supondría una exigencia de afectación real a un interés digno de protección similar a la que supone la exigencia del *harm principle.* Sobre la posibilidad de trasladar el *harm principle* al derecho penal continental el trabajo más completo hasta la fecha, aunque no comparta todas sus apreciaciones, es el de Persak, N., *Criminalising Harmful Conduct: The Harm principle, its Limits and Continental Counterparts*, Springer, 2007. Son interesantes también los aportes de Von Hirsch, A., «El concepto de bien jurídico y el «principio del daño», Hefendehl, R., Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M., Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.), *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?,* Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, pp. 37-52. y Seher, G., 2007. «La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico», Hefendehl, R., Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M., Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.) La *Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016, pp. 69 y ss. En esa misma obra colectiva también se encuentra un interesante trabajo de Seelman donde se plantea la comparación entre ambos para optar, en cambio, por el modelo del reconocimiento, Seelmann, K., «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del mreconocimiento como criterios de merecimiento de pena, en Hefendehl, R., Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M., Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.) *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016, p. 373; y el trabajo de Kahlo, M., *op. cit.,* pp. 53 y ss, donde hace una, en mi opinión, muy simplista interpretación del *harm principle* hasta caricaturizarlo identificándolo con la visión más antigua del utilitarismo de Mill, y todo ello para lograr declarar como superior, en una supuesta competencia carente de sentido, al principio alemán de exclusiva protección de bienes jurídicos. Mill, J. S., *op. cit.,* pp. 65 y ss. Un análisis mucho más interesante de la relación entre *harm principle* y bien jurídico se lleva a cabo en ese mismo trabajo en el informe sobre las discusiones de la primera sesión, con consideraciones interesantes de Wohlers, Amelung, Klesxcewski y Von Hirsch, entre otros. Hefendehl, R. (coord.), Alcácer Guirao, Rafael, M. L., María E Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (Eds.), *La Teoría Del Bien Jurídico: ¿Fundamento De Legitimación Del Derecho Penal O Juego De Abalorios Dogmático?,* Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2.ª Edición, 2016.

términos como ofensividad, dañosidad social y el propio «daño», y cómo todo ello se relaciona con el contenido de la exigencia de la protección de bienes jurídicos.

Quizás la única expresión continental que pudiera considerarse si no análoga sí similar al *harm principle* sea el principio de lesividad u ofensividad, que Donini señala como «el elemento más original y característico de la orientación constitucional italiana hacia el derecho penal» (134) y Fornasari como «un producto típico de la ciencia penal italiana» (135). En realidad, la exigencia de lesividad, recuerda Ferrajoli con razón, surge ya en Aristóteles y Epicuro y es denominador común a toda la cultura penal de la ilustración, desde Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham Pagano y Romagnosi, que viene a demandar que la necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, recogido en el axioma «*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*» (136). No se trata, pues, de un mero principio programático sino de un vínculo normativo de primera jerarquía que exige al legislador construir tipos penales sólo para prohibir conductas idóneas para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de relieve constitucional. En este sentido el principio de ofensividad constituye un límite estructural al poder punitivo del Estado, una exigencia de racionalidad y proporcionalidad en la legislación penal, que impide la criminalización de conductas que no generen un daño verificable. De ahí que algunas de las exigencias claves para la validez de la intervención penal parezcan similares a las del principio del daño anglosajón: que la criminalización se base en un daño real y verificable, y no en meras conjeturas o peligros hipotéticos; que no se pueda sancionar únicamente la desobediencia a las reglas, sino que debe proteger intereses concretos; que el daño no pueda considerarse algo meramente simbólico o moral o que sólo se puedan criminalizar los delitos de peligro abstracto en los que se constate algún riesgo de daño efectivo (137). Así, y de modo similar a lo que se deriva del *harm principle*, los modos de ser, las manifestaciones de disidencia, las intenciones criminales no concretadas en actos no pueden constituir un delito por mor

(134) Donini, M., «La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método: Raíces nacionales y desarrollos supranacionales», *Nuevo Foro Penal*, vol. 7(77), 2011, pp. 43-83.

(135) Fornasari, G., «Viejas conquistas y nuevas fronteras del principio de ofensividad en la experiencia penalista italiana», *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 73, 2018, Article 73.

(136) Ferrajoli, L. 2012. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trota Editorial, 10.ª ed, 2018, pp. 100-114.

(137) Donini, M., *op. cit.*

del principio de ofensividad (138). El alcance de este principio, en todo caso, es para sus defensores mayor que el del daño: aunque ambos principios buscan limitar el alcance del derecho penal, no solo restringe la intervención penal por el daño real, sino que restringe más claramente el poder legislativo al preocuparse por la proporcionalidad y la constitucionalidad de la intervención penal (139).

La dogmática continental también utiliza el término daño fuera del principio de ofensividad. Lo hace cuando analiza el resultado de daño (también puede ser de peligro) que causa el delito al tratar la cuestión del desvalor de resultado en la parte general. También, y aquí nos interesa más, usa el término en relación con la fundamentación de la legitimidad penal ante la conducta delictiva cuando se refiere a la cuestión de la dañosidad social. El uso que se hace de este término y de la idea de daño que hay detrás puede incluir visiones del derecho y de la legitimidad de la intervención penal muy diferentes entre sí. Esto es porque el significado del término daño en la dogmática penal varía según el adjetivo que lo acompañe, hasta el punto de cambiar completamente el sentido del propio sustantivo. Como ha especificado con acierto Silva Sánchez, la doctrina continental dominante «contempla el delito ante todo como la conducta causante de un daño, de la lesión de un bien», pero esto tiene, según el autor, tres sentidos o dimensiones posibles: a) el daño personal material o inmaterial que puede haber sufrido por la víctima; b) el daño psicológico-social que puede causar el crimen en el conjunto de los ciudadanos en forma de inseguridad y; c) el daño ideal o simbólico que el delito produce sobre el derecho al negarlo mediante la conducta infractora del delincuente (140). De esta forma, dice Silva Sánchez, «los delitos producen siempre un daño ideal; casi siempre –esto es, en la medida en que sean conocidos– un daño psicológico-social; y muy frecuentemente, asimismo, un daño material» y añade que comprender las tres dimensiones solventaría dificultades explicativas en materia de proporcionalidad de la reacción jurídico penal (141). Aunque sobre estas tres dimensiones volveré más tarde cuando analice la cuestión del daño desde la política criminal, lo que sí es importante resaltar ahora es que no es lo mismo, de cara a justificar la legitimidad de la intervención penal, exigir un daño en el

(138) Fornasari, G., *op. cit.*

(139) Donini, M., *op. cit.* Argumenta Donini que el principio de ofensividad es más rígido y garantista que el *harm principle* anglosajón, ya que no solo exige la presencia de un daño real, sino que también limita la capacidad del legislador para criminalizar conductas arbitrariamente. Creo que todo depende de cómo se materialice, nunca mejor dicho, el principio de ofensividad y qué concepto de daño se utilice.

(140) Silva Sánchez, J. M., *Tiempos de Derecho Penal op. cit.,* pp. 29 y ss.

(141) Silva Sánchez, J. M., *Tiempos de Derecho Penal, op. cit.,* p. 30.

sentido de daño real, bien sea en la dimensión física o en la psicológico-intelectual, causado a una persona o incluso a una colectividad (siempre que sea medible e identificable como tal), que podría ser cercano a la idea del retroceso en los intereses de una persona del *harm principle* (142); que hacerlo, en el sentido puramente ideal de la contravención de los valores o normas ético sociales de la comunidad concretadas en sus normas penales. Sin negar que la dimensión de negación de la norma sea importante para el derecho penal, creo que sólo lo primero debe ser llamado daño o, por lo menos, ser considerado equivalente a aquello que en el ámbito anglosajón se le denomina harm y no un mero «*wrongdoing*», resulte susceptible o no de ser criminalizado. Veamos porqué.

En la dogmática continental se ha usado la idea de la dañosidad social del delito para construir la argumentación de la legitimidad de la intervención penal. Pero los criterios que se usan para determinar tal «dañosidad social» son muy diferentes entre sí. Así, cuando, tal y como sostiene un gran parte de la dogmática penal continental, se defiende el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la dañosidad social viene definida por la lesión (o peligro) que el delito causa a los intereses fundamentales que afectan a las condiciones materiales del ser humano para la vida en sociedad (143). Aquí la idea de dañosidad social se acerca significativamente a la idea de daño, en el sentido que anteriormente señalaba con Turienzo Fernández, y que con éxito explicita Truccone, cuando señala que «afirmar que un bien jurídico ha sido lesionado es aproximadamente equivalente a afirmar que alguien está sufriendo un daño» (144). Este es, a mi parecer, y

(142) Quien desde la dogmática anglosajona más claramente ha percibido este doble sentido de la idea de daño es Fletcher, quien al contraponer la visión del daño a las del deber moral y de la infracción de normas legales, y definirlo como el impacto en los intereses de otro, generalmente de otra persona, añade que puede hablarse de daño a «los intereses del Estado, el sistema legal, el ámbito divino o, en realidad, prácticamente a cualquier persona o cosa, pero es el daño a las personas lo que más atrae a los defensores de este enfoque». FLETCHER, G. P., *op. cit.,* p. 39.

(143) RUDOLPHI, H. J., *op. cit.,* p. 329, citado por Zugaldía Espinar, J. M. Sobre cómo principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y principio del daño se funden en las argumentaciones de países con una tradición mixta puede verse la atinada argumentación sobre los principios de criminalización en las reformas penales en Finlandia de LAHTI, R., «Redefining the area of criminal behavior: offences against the person», en LAHTI, R., Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice: Nordic Essays on Criminal Law, *Criminology and Criminal Policy 1972-2020*, Helsinki, 2021, p. 74. Sobre la relación entre principio del daño y principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, véanse los trabajos citados infra.

(144) TRUCCONE BORGOGNO, S., «A concept of harm and its consequences for Criminal law's general part», *Política criminal*, 2017, vol. 12, pp. 1184-1210.

como argumentaré después, el significado de daño más puro y esencialmente relacionado con la idea de delito (aunque no el único). Hay otros sentidos de lo que se ha denominado dañosidad social para los que, a mi parecer, es más que discutible el uso del término «daño». Cuando desde otras visiones de la dogmática continental se señala que «se afirma la dañosidad social de un hecho cuando entra en contradicción con las normas ético-sociales fundamentales de la comunidad conculcando las convicciones culturales y el orden impuesto por el grupo social», hablamos más bien de un «*wrongdoing*» y no necesariamente de un daño (aunque puede serlo). La razón es que aquí no hay contenido material lesivo exigido a la conducta más allá de la contravención de lo establecido en la norma, por lo que si se acepta que eso es un daño, la confusión entre daño e injusto es absoluta. Finalmente, cuando desde el funcionalismo se dice que la dañosidad social de un hecho vendría determinada por «la defraudación de las expectativas que el grupo tiene respecto del comportamiento de los integrantes de este» también nos acercamos más a la idea de injusto moral que a la de daño. Es cierto, en todo caso, y de acuerdo con lo que sostiene Miró Llinares en algunos trabajos (145), que el delito no es solo un atentado contra un individuo, sino que también rompe la confianza social en el cumplimiento de las normas jurídicas, generando como dice Turienzo Fernández, una sensación de inseguridad colectiva que puede alterar el comportamiento de la ciudadanía. Esta dimensión social, que podría incluso ser evaluada y medida, puede ser considerada un daño siempre que su constatación requiera algo más que la consideración normativa de que se ha llevado a cabo la contravención. Para que pudiéramos hablar de daño debe exigirse, por tanto, la constatación de la presencia de esos efectos psicológico-sociales de miedo, inseguridad o insatisfacción colectiva de algún modo verificables y no sólo de su presunción ideal por no realizar lo que alguien considera esperable. Es en ese caso en el que podríamos hablar de daño social (146). Pues, como con acierto ha señalado Juárez Tavares cuando profundiza sobre la relación entre injusto y daño, la exigencia de este último supone que, para afirmar la necesidad y, por tanto, la legitimidad de la criminalización, comprobemos no sólo el daño en el

(145) Miró Llinares, F., *op. cit.,* pp. 1-23. y Miró Llinares, F., «La función de la pena ante "el paso empírico" del derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, vol. 27, 2017, p. 6.

(146) Si bien coincido de nuevo con Turienzo Fernández que este no puede equipararse en importancia con la afectación tangible y verificable de bienes jurídicos individuales, con el daño personal material que supone el núcleo de la injusticia delictiva y en el que debe centrarse prioritariamente el derecho penal. Turienzo Fernández, A., *op. cit.*

sentido de infracción, sino en el sentido de «lesión» más allá de lo sistémico, de causación efectiva de «un daño individual y social de cierta gravedad» (147). Y ello, como veremos, va a exigir una tarea que va más allá de la teorización normativa.

Para la mayoría de la dogmática continental el derecho penal debe intervenir para la exclusiva protección de bienes jurídicos (148). Otros autores sostenemos, además, que esta exigencia puede ser un paso inicial, pero es, generalmente, insuficiente (también que en ocasiones puede ser excepcionada (149)) para restringir el poder punitivo y que para ello debe atenderse a la lesividad material de la conducta que se quiere sancionar y no sólo a la naturaleza del interés que se quiere proteger. El concepto y la exigencia de daño puede constituir, por tanto, no sólo el reverso de la idea de interés protegido que legitimaría la intervención del derecho penal sino el contenido de este. Ello, sin embargo, exige superar la restrictiva visión ideal de la dogmática penal y acercarnos a la cuestión político criminal de qué en concreto puede ser considerado un daño a aquello que, en concreto, puede y debe ser considerado un interés digno de ser protegido.

IV. DAÑO Y POLÍTICA CRIMINAL

1. **Sobre el potencial de una idea de daño para la política criminal**

Denominamos política criminal a la praxis política relacionada con la delincuencia y la respuesta a la misma (150); también se suele llamar así a la disciplina académica o del conocimiento que abarcaría, tanto desde una perspectiva descriptiva como valorativa, la citada praxis (151). Si tenemos en cuenta lo que anteriormente hemos señalado sobre los objetos de criminología y derecho penal (o dogmática penal) podremos comprender que hay un evidente solapamiento entre disciplinas. La cri-

(147) Véase Tavares Juárez, E. X, *Teoría del injusto penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 384.

(148) Hefendehl, R. (Coord.), *op. cit.* Véase también el más sucinto pero completo análisis de Pariona Arana, R., «El Derecho penal "moderno". Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales», *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 27(82), 2006, pp. 155-174.

(149) Véase al respecto mi posición en Miró Llinares, F., «La criminalización de conductas "ofensivas"», *op. cit.*

(150) Díez Ripolles, J. L, *Delitos Y Penas En España*, Catarata, 1.ª ed., Madrid, 2015, pp. 220.

(151) Borja Jiménez, E, *Curso de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, 3.ª edición, 2021.

minología no sólo tiene como objeto el crimen, sino la respuesta al mismo; la dogmática no sólo estudia el delito y la pena legalmente establecidos, sino qué es lo que deberían ser pena y delito desde una perspectiva ideal. La política criminal confluye con la criminología cuando estudian críticamente la respuesta del sistema de justicia penal al crimen, y con el derecho penal cuando se plantea frente a qué conductas delictivas, y con qué sanciones a las mismas, es adecuado (y legítimo) intervenir. Lo que ahora me interesa de este solapamiento o confluencia disciplinar con la política criminal es, de nuevo, lo que ello implica con relación al objeto que estamos estudiando aquí, el daño. Y si, como hemos visto, en las disciplinas que confluyen con ella el daño es un elemento implícita o explícitamente relevante, puede intuirse que también debiera serlo en la política criminal.

Tradicionalmente la idea de daño no aparece en ninguna de las definiciones que se han dado de política criminal. Ni en la clásica de Von Liszt como la «investigación científica de las causas del delito y los efectos de la pena, según la cual el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito» (152) ni, en las más académicas de Zipf, para quien la política criminal es el conjunto de respuestas legislativas penales del Estado (153) o la de Delmas-Marty que abarca el estudio de todo el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal (154), hay referencia alguna al daño. En todas ellas el objeto de referencia es el crimen y la respuesta al mismo. La divergencia entre unas y otras definiciones es que para algunos la política criminal debe limitarse a la respuesta del sistema penal, entendiendo por él el derecho penal y las instituciones que lo aplican; mientras que otros ampliamos el objeto a cualquier medio de intervención estatal frente a la delincuencia (155). La razón es que la primera opción no sólo implica dejar fuera del estudio las que podrían ser las medidas más

(152) Von Liszt, F., *Tratado de derecho penal,* T. I y II, 3.ª ed, 1927,1929, Madrid: Reus, pp. 5. Sobre el concepto de política criminal en von Liszt y su evolución resulta esencial tomar en consideración el detallado y analítico trabajo de Díez Ripollés, J. L., «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt». *Revista electrónica deficiencia penal y criminología RECPC*, 2018, pp. 20-12.

(153) Zipf, H., *Introducción a la Política Criminal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

(154) Delmas-Marty, M., *Modelos actuales de política criminal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 19

(155) García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho Penal*, 2006, p. 542.

importantes para la prevención o el tratamiento del crimen y que pueden estar perfectamente fuera del derecho penal (156), sino que impide una adecuada valoración del propio sistema penal al convertir en vacío de contenido principios como el de última ratio o intervención mínima al no poderse comparar la intervención por medio de «lo penal» con aquella sin él. Esta discusión, en una versión más moderna, ha mutado en un debate entre una visión de la política criminal valorativa o principialista-normativa (157) y otra como una disciplina eminentemente política y también extra-normativa que tenga en cuenta los distintos modelos de política penal posibles y aplicables en la realidad (158). Pero, lo relevante a los efectos de este trabajo es: ¿desempeña en algunas de estas visiones de la disciplina la idea de daño? La respuesta es afirmativa para ambas, pese a los matices.

Para quienes la política criminal viene a constituir el estudio «crítico» del derecho penal, esto es, la conexión entre el delito y el derecho penal ideal, el daño, como sustrato material (o ideal-normativo de lesividad) que debe dar lugar a una respuesta preventiva (o expresiva por el merecimiento y la estabilización normativa) resulta objeto de estudio fundamental (159). Es cierto, en todo caso, que para esta concepción de la política criminal nos encontraríamos ante un daño evaluado en abstracto o de forma ideal, sin entrar en consideraciones concretas respecto a la afectación material a los intereses o condiciones de vida individuales o colectiva. En esta visión «dogmática» de la política criminal en la que la ciencia que se ocupa de ella no atiende a lo contingente y coyuntural, sino que «tematiza, sistematiza y legitima lo que es objeto de la actividad del legislador desde un esquema conceptual superior más abstracto y orientado a conexiones político-filosóficas profundas» (160), no parece necesario, ni posible en realidad, cuantificar los daños. Para quienes, por su parte, consideran que la política criminal se centra en el estudio de la política pública encargada del mantenimiento y perfeccionamiento del orden social

(156) Becerra Muñoz, J., *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*. Tirant Lo Blanch, 1.ª ed., Valencia, 2013., pp. 338.

(157) Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., *op. cit.*

(158) Díez Ripollés, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: Un análisis crítico de la contribución de Roxin, *op. cit*; Miró Llinares, F., y Gómez Bellvís, A. B. «Aproximación a la política criminal y las instituciones del control del delito en España» en Medina Ariza, J. J.*: Instituciones del control del delito*, Dykinson, 2022.

(159) Véase, por ejemplo, Robles Planas, R., *op. cit.* Véase también sus consideraciones respecto al daño en el sentido de los efectos psicológicos sociales masivos del delito, siguiendo a Jellinek, en Planas, R. R., *op. cit.,* pp. 56 y 57, nota 53.

(160) Silva Sánchez, J. M., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*

mediante un determinado ejercicio del control social ejercido por el subsistema de control social penal para prevenir el delito, la idea de daño también es relevante. Pero tiene el potencial de ser, además, una herramienta de crítica práctica aún más relevante de la propia del «delito». Y esto es así en cuanto se entienda, como suele suceder, que no sólo interesa la reflexión académica sobre aquellos comportamientos que hoy constituyen delito en un ordenamiento jurídico determinado sino, también, aquellas «conductas especialmente lesivas para el orden social» (161). Al fin y al cabo, la política criminal no sólo se ocupa de aquello que es delito hoy sino de aquello que, por cumplir las condiciones para ser considerado como tal o merecer algún tipo de respuesta preventiva formal similar a la que requiere aquello que es delictivo, puede ser que lo sea en el futuro. Es decir, que la política criminal no sólo se ocupa de los daños delictivos, sino de los daños que puede ser que lo sean o que, a los ojos de quienes lo estudian, podrían merecer tal condición o, al menos, pueden ser tan lesivos como otras conductas consideradas delictivas aun no siendo la respuesta formal del derecho penal la más adecuada frente a ello.

Y el estudio del daño para la política criminal no sólo es necesario para poder identificar frente a qué hay que responder, sino para saber frente a qué no hay que responder y cómo hay que hacerlo. Si, como ha señalado Díez Ripollés, el objetivo de la política criminal es prevenir la delincuencia dentro de parámetros socialmente asumibles (162), el daño no sólo nos indicaría qué comportamientos deben ser considerados delictivos (y cuáles no) y deben reducirse tanto en su comisión como en su gravedad, sino, también, qué intervención del estado, por ser proporcionada a la gravedad del daño, respeta los valores, principios y reglas que regulan la convivencia en una determinada sociedad entre los que se encuentra la exigencia de proporcionalidad. Como ha señalado Hughes en sus críticas a la zemiología, reconocer que hay daños no debiera suponer eliminar la categoría de delito puesto que ni todo delito produce el mismo nivel de daño ni todo daño debe ser considerado delito (163). Y esto es más evidente incluso para quienes adoptan una visión amplia de la política criminal que no la identifica exclusivamente con la legislación penal y, por tanto, con la intervención de los mecanismos formales de control del delito (164). Decía antes, cuando analizábamos las posiciones del daño social, que el aspecto positivo de las mismas es que se alejan del pensamiento de que la única forma de evitar lo que es

(161) Así, Díez Ripollés, J. L., *op. cit.*
(162) Díez Ripollés, J. L., *op. cit.*
(163) Hughes, G., *op. cit.,* pp. 157-159.
(164) Miró Llinares, F., y Gómez Bellvís, A. B., *op. cit.,* pp. 19-41.

lesivo en sociedad es por medio del control social formal. Pero también decía que es bueno que la criminología esté capacitada para dialogar con quienes toman las decisiones del control penal mostrándoles que puede haber otros medios de prevención que podrían ser más efectivos. Por ello, y si queremos que la política criminal mire más allá del sistema penal a la hora de decidir si usarlo (y cómo hacerlo) para lograr la prevención de determinados daños, es necesario que abarquemos no sólo aquello que es lesivo y va a merecer la respuesta del control penal sino lo que también lo es, pero puede ser evitado por otros medios. Esto no supone que la política criminal tenga que abarcar todos los sistemas de control social informal ni todas las políticas sociales que pueden servir para reducir los daños en sociedad, pero sí que debe utilizar parámetros, como el del daño, capaces de evaluar, junto a otros elementos, si es realmente imprescindible actuar o no con el sistema penal. El daño puede y debe estar, por tanto, junto al delito, en el centro de la política criminal.

Además, el daño no sólo puede ser un elemento esencial para tomar decisiones político-criminales sino, también, para evaluar las mismas. Si el objetivo de un modelo político criminal debiera ser reducir los daños de la delincuencia usando, entre otros medios, la criminalización (conforme a las demás exigencias de legitimidad en el Estado social y democrático de derecho) de aquellos comportamientos lesivos cuya prevención no es posible por otros medios, el daño puede ser medida esencial de la definición de la política criminal y de la valoración de si la misma está siendo eficaz al reducir los daños y eficiente al hacerlo con un coste de lesividad en la intervención del sistema penal lo menor posible. Y esto no sólo en el plano más abstracto de la toma de decisiones legislativa respecto a la criminalización de conductas, sino también en otros aspectos de la política criminal no menos importantes y que pueden incidir profundamente en los derechos de los demás: la actuación de la policía, la fiscalía y cualesquiera otras instituciones del control formal del delito; la puesta en marcha de otras políticas preventivas relacionadas con el control informal, etc. Tomar decisiones en relación con todo ello, también en cuanto a la prelación en la intervención en unas u otras materias y frente a unas u otras conductas, requiere de un profundo conocimiento de lo que es real y efectivamente lesivo y, además, merece la intervención del sistema de control penal.

La idea de daño parece, por tanto, un criterio con un potencial excepcional para definir prioridades en la persecución del delito; para la asignación de recursos para la política criminal; así como para la propia evaluación de las políticas públicas de prevención del crimen.

La cuestión, sin embargo, es si disponemos de una definición de daño que pueda considerarse consensuadamente aceptada y/o clara como para realizar sobre ella las tareas designadas. Se ha dicho que una de las principales críticas a la zemiología estribaba en la vaguedad del concepto de daño social; también se han discutido las múltiples conceptualizaciones que desde el derecho penal y la filosofía moral se han hecho del daño; y hemos visto cómo los críticos del *harm principle*, así como los del bien jurídico protegido, manifiestan la incapacidad demostrada de ideas como daño o interés jurídico para establecer en la práctica real de la criminalización límites al legislador y al juzgador en el ejercicio de la justicia penal. Lo cual hace legítima la pregunta de si tiene sentido, como he dicho que se propondrá en este trabajo, situar en el centro del estudio y el debate político criminal una idea amplia e indefinida como la de daño.

Hay, a mi parecer, al menos tres argumentos para sostener una respuesta afirmativa. El primero de ellos se explicita con otra pregunta: ¿cuál sería la alternativa a no hacerlo? Desde la perspectiva de la criminalización, esto es, de la decisión de qué convertir en delito, renunciar al daño y al principio del daño (puntualmente complementado con otros) como un elemento mínimo supondría aceptar la idea de que cualquier conducta, por el hecho de que el estado lo decida así, puede ser criminalizada. Esto dejaría la política criminal, al menos su sentido crítico, vacía de una parte importante de su contenido. Desde la perspectiva del análisis de la proporcionalidad a la hora de la determinación de cuál es la pena capaz de lograr el efecto preventivo teniendo en cuenta, además, el merecimiento de la conducta, renunciar a la comprensión del daño que causa el delito y su comparación con el mal que supone la pena implicaría o caer en disquisiciones puramente metafísicas o aceptar, de nuevo, que cualquier castigo es proporcional para cualquier comportamiento. Desde la perspectiva de la toma de decisiones respecto a qué medidas pueden ser aplicadas dentro del sistema penal en el caso concreto o fuera de él para prevenir determinadas conductas, renunciar al daño nos priva de un elemento de priorización en la toma de decisiones y en la asignación de los recursos absolutamente esencial. Parece, por todo ello, que podría ser mejor usar un concepto vago e indeterminado como es el de daño para argumentar sobre la política criminal que no usar ningún criterio. Al fin y al cabo, situar en el centro de discusión esta idea es algo que lleva ya a la argumentación y al debate. No hacerlo, y aceptar que cualquier cosa puede ser criminalizada o que cualquier cosa puede merecer cualquier tipo de castigo simplemente porque la moral social lo esta-

blezca, es negar la discusión y la posibilidad de debate, con lo que ello significa en democracia.

El segundo argumento para una respuesta afirmativa a la cuestión de si tiene sentido apoyar y construir la política criminal en un concepto aparentemente indeterminado como el de daño es que, aun siendo escaso, el consenso respecto a lo que es un daño es suficiente como para permitir la funcionalidad del término si lo apoyamos en un desarrollo empírico que, hasta el momento, ha sido casi inexistente. Este segundo argumento tiene, pues, dos partes. La primera es que es posible encontrar una base normativa aceptada por gran parte de la comunidad académica de lo que podría denominarse un «mínimo común denominador» de la idea de daño. La segunda, que si ese «consenso de mínimos» se desarrolla por medio de metodologías empíricas que cuantifiquen y operativicen el daño, su funcionalidad como elemento crítico operativo para la política criminalidad podría ser mucho mayor. En cuanto a lo primero, creo que hay una base de casos de daño, como los daños personales, los daños económicos, algunos daños colectivos como los ambientales, sobre los que existe un acuerdo importante y que pueden servir como referencia para la construcción de criterios más desarrollados que permitan determinar qué es un daño. Así, creo que la razón por la que el concepto de Feinberg de daño como retroceso en los intereses que, además, resulten legítimos, siga siendo una referencia habitual para quienes se apoyan en este concepto, es porque nos sitúa en la senda de que la persona, a nivel individual, sigue siendo la referencia fundamental en la idea de daño. Los daños personales, tanto de tipo físico-material como psicológico-moral y económico, no sólo son reconocibles como daño, sino que son cuantificables y sirven como argumento indiscutible de la existencia de eso que podemos denominar «daño». A su vez, el que gran parte de las críticas a ese concepto liberal de daño consistiesen en la necesidad de reconocer que no sólo los daños individuales deben poder ser abarcados por la concepción de daño, nos muestra no sólo un cambio en el *zeitgeist* filosófica política, sino un consenso moderno en torno a la idea de que las personas también se pueden ver dañadas cuando se afecta a la comunidad y a las instituciones sociales que permiten su desarrollo.

Hoy todos los que consideramos el potencial de la idea de daño para la política criminal aceptaríamos un concepto sólo si el mismo permitiera abarcar no sólo los daños físicos, psicológicos y económicos individuales, sino otro tipo de daños más colectivos como los sociales o ambientales que pueden dar cabida de manera más efectiva a las complejidades del daño en la sociedad actual. Quizás donde el desacuerdo entre las distintas posiciones sobre qué es un daño resulte

más evidente sea en la vinculación entre el daño y la moralidad de la conducta que lo produce. La visión más liberal de Feinberg de que el daño tiene que ser una conducta injusta (165), en un sentido moral o legal, podría contraponerse a propuestas más modernas como la de Greenfield y Paoli que buscan una idea de daño que parta de la promoción justa de las capacidades humanas yendo más allá de categorías legales y morales preestablecidas (166). Pero aún en este disenso hay algo de consenso, la necesidad de una idea de justicia. Feinberg parte de una idea de justicia más «a la Kant»; Paoli y Greenfield se apoyan en la idea de justicia de Sen (167), pero todos ellos reconocen que el daño debe ser percibido no sólo como lo que subjetivamente afecta a otros sino como aquello que objetivamente debiera ser considerado injusto. Sobre esta cuestión volveré cuando aporte el tercer argumento. Antes de ello diré, para resumir en torno a la existencia de un mínimo común denominador de lo que es daño, que una buena aproximación al mismo podría ser la recientemente expresada por Paoli y Greenfield. Definen el daño las autoras, de forma amplia, como «el impacto negativo o adverso que una actividad o evento tiene sobre individuos, comunidades, instituciones, el medio ambiente o la sociedad en general» (168). Si a tal concepto se añade la idea de que procede de un hecho injusto, tenemos una base de acuerdo más que adecuada para seguir desarrollando.

Es cierto que este consenso mínimo sobre lo que es daño puede parecer insuficiente para, sobre esta idea, construir la discusión académica político-criminal tal y como anteriormente he planteado. Pero esto es así, y aquí viene la segunda parte del segundo argumento, debido al escaso desarrollo que se ha hecho del concepto más allá de lo normativo. La idea de daño ha sido central para la discusión sobre los límites morales del derecho penal, es decir, para la discusión idealista sobre los criterios de legitimidad de la criminalización, pero desde una perspectiva genérica y casi más centrada en lo meta teórico (en si debe o no ser un criterio suficiente, único, válido, etc., para la criminalización) que en la cuestión práctica de cuáles sí son daños y cuáles no. De modo similar a lo que ha sucedido con el bien jurídico protegido donde la discusión normativa no ha llegado nunca a una operativización en forma de listas o características de los intereses que pueden ser acepta-

(165) Feinberg, J., *op. cit.,*

(166) Greenfield, V. y Paoli, L., *op. cit.,*

(167) Sen, A., *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2009.

(168) Paoli, L. y Greenfield, V. A., «Harm: a Neglected Concept in Criminology, a Necessary Benchmark for Crime-Control Policy», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 21, 2013, pp. 359-77.

dos como tales. Lo mismo ha sucedido con la filosofía moral, que sí ha tratado de desarrollar criterios para la determinación de lo que es daño, pero sólo desde un plano teórico-lógico abstracto y sin descender a algo más operativo. No estoy diciendo que no deba ser así, pues creo que la función de las disciplinas normativas debe ser esencialmente ese. Pero es evidente lo difícil que es que tales herramientas abstractas sean potencialmente aptas para algo tan operativo y práctico como es la decisión política. Y eso es la política criminal, una praxis que suele ejercerse, además, fuera de las condiciones ideales en las que se desarrolla, en cambio, la reflexión filosófica normativa. De ahí que el uso de conceptos tan abstractos e indeterminados como el de bien jurídico o el de daño, en manos de quienes junto a la racionalidad ética están sometidos también a la lógica política, acabe resultando disfuncional. La razón de que tanto el concepto de daño como el de bien jurídico hayan sido usados y manipulados por el legislador para dar cabida incluso a aquello que ese consenso mínimo nunca consideraría un daño, no estriba, a mí parecer, en la definición de tales términos sino en el modo en que han sido utilizados y operativizados. O, mejor dicho, en el hecho de que no lo han sido, facilitando entonces el ser usados como conceptos paraguas que servían para una cosa y otra.

Para que el daño pueda ejercer una función eficaz en la política criminal es importante llegar a un acuerdo en torno al concepto, pero más aún desarrollar una metodología en torno a su idea. Aunque esto será desarrollado en el último punto de este trabajo allí donde la idea de daño ha sido funcional y está empezando a serlo es donde ha contado con el desarrollo de procedimientos para definirlo. En el ámbito del derecho civil y la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, existen debates en torno a qué debe ser considerado daño, pero al centrarse los mismos en su cuantificación se ha terminado operativizando el término hasta tal punto que su discusión teórica y su cuantificación práctica casi se confunden (169). La ausencia de metodologías empíricas que cuantifiquen y operativicen el daño, ha podido castigar la validez y funcionalidad del daño como elemento crítico operativo para la política criminal. Y con ello no estoy negando la necesidad de una discusión teórica de lo que debe ser considerado un daño, ni de que la

(169) Véase, por citar un ejemplo concreto, la discusión sobre la idea de daño moral en «*Damages for Pain and Suffering*» donde, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, Gómez Pomar busca diferenciar entre el daño pecuniario, que puede ser compensado directamente con dinero o bienes equivalentes, y el daño no pecuniario o *pain* and *suffering*, que no puede ser restituido del mismo modo al no poderse restaurar la utilidad perdida en términos de bienestar. Gómez Pomar, F., «Damages for Pain and Suffering», *InDret*, vol. 1, 2000.

misma no deba realizarse desde la abstracción filosófica y sea sustituida por un procedimiento de cuantificación de lo que es daño. Lo que sí creo es que la discusión sobre cómo cuantificar y valorar la existencia de un daño puede complementar el debate filosófico y poner de manifiesto sus lagunas y, sobre todo, que sólo un concepto capaz de evaluar y priorizar los daños en función de su impacto real en las vidas de las personas y en la sociedad, en lugar de basarse únicamente en categorías ideales, estará en condiciones de ser útil para la práctica político criminal. Necesitamos un concepto de daño capaz no sólo de ser discutido sino, también, valorado y cuantificado. En otras palabras, la política criminal como praxis demanda más un cómo que un qué en relación con la idea de daño. Y el cómo, hasta el momento, ha estado más ausente que presente, con excepciones, como veremos.

Si a ello sumamos el argumento de que, en el terreno de la filosofía moral y jurídico-penal la inexistencia de un acuerdo absoluto sobre un concepto no sólo no debe impedir su uso sino que debiera reforzarla en cuanto que es por medio de la argumentación como se logran objetivos fundamentales como la transparencia, la equidad y el propio diálogo, podríamos convenir que tiene razón Folland cuando señala que lo más importante no es llegar a un acuerdo sobre un concepto determinado de daño como el compromiso de seguir trabajando en el mismo activamente sin renunciar a su uso inmediato (170).

2. Modelos de cuantificación del daño y su potencial uso en la política criminal

Para que el daño pueda ejercer una función eficaz en la política criminal es esencial el desarrollo de algún tipo de metodología en torno a su cuantificación y valoración. Pues bien, ya han existido aproximaciones metodológicas que han comenzado a hacerlo, como la del Crime Harm Index o la de Harm Assesment Framework. Antes de entrar en ellas quiero referirme brevemente a algunos intentos de cuantificación y valoración de constructos llevados a cabo desde la criminología que guardan similitudes con la medición del daño y que podrían, y deberían, ser consideradas antecedentes de las mismas. Es el caso de la escala de medición de la delincuencia, creada por Sellin y Wolfgang en 1964 (171). Aunque pueda parecer que el objeto de

(170) Folland, A., «The *Harm principle* and the Nature of Harm», *Utilitas* Vol. 34(2), 2022, p. 150.

(171) Como ha señalado Sweeting la idea de medir la severidad del crimen es anterior Sweeting, D., *Developing a Crime Severity Score for England and Wales*

medición aquí es la delincuencia (172), en realidad el punto de partida es que las estadísticas criminales tradicionales, basadas en categorías legales, no reflejan adecuadamente la diferente gravedad real de cada infracción y, por ello, lo que proponen es una escala de «seriedad del delito» fundamentada en las percepciones comunitarias sobre la gravedad de cada conducta delictiva. Por medio de metodologías empíricas que buscan describir eventos delictivos y no referirse a clasificaciones legales para realizar evaluaciones sobre la gravedad percibida por la comunidad de cada conducta, Sellin y Wolgan construyeron una escala cuantitativa de seriedad delictiva que asignaba puntuaciones específicas a distintos tipos de delitos, facilitando comparaciones más precisas y una mejor comprensión del impacto social (percibido) de la delincuencia. La escala fue pronto criticada por distintos motivos relacionados esencialmente con su validez para reflejar la seriedad del crimen y la metodología utilizada para hacerlo (173), pero dio lugar también a una evolución de esta (174) y a un debate

---

using data on crimes recorded by the police, Office for National Statistics (ONS), 2016. Ya la planteó Goring, C., The English Convict: A Statistical *Study*, His Majesty's Stationery Office, 1913 acudiendo, de forma algo similar a lo que después veremos que plantea Sherman, a la identificación de patrones en las condenas judiciales; también introdujo métodos basados en la percepción pública de la gravedad del delito Clark, F. H., «The seriousness of offenses as judged by offenders and by students of sociology». *Journal of Criminal Law and Criminology*, 12(2), 1922, pp. 263-274 y Thurstone propuso un método de comparación por pares para evaluar la severidad de delitos, el cual se convertiría en la base de las escalas posteriores. Thurstone, L. L., «A law of comparative judgment», *Psychological Review*, vol. 34(4), 1927, pp. 273-286. Sin embargo, el enfoque más influyente fue el desarrollado por Sellin Y Wolfgang al convertirse en un estándar en criminología y replicarse en estudios posteriores como el Wolfgang, M. E., Figlio, R. M., Tracy, P. E., & Singer, S. I., *The National Survey of Crime Severity*, U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1985, que amplió el número de delitos considerados y la muestra de encuestados.

(172) Pues, como ha indicado Sweeting, se han usado distintas metodologías para cuantificar y comparar la gravedad de los delitos, atendiendo a factores tan diversos entre sí como la seriedad o gravedad del delito la frecuencia y la actividad. Sweeting, D., *op. cit.*

(173) Desde la crítica de Baratta centrada en los posibles sesgos que la población encuestada puede tener respecto a la delincuencia y que podría llevar a no considerar adecuadamente la gravedad de los delitos cometidos por las clases dominantes Baratta, A., *op. cit.,* hasta la de quienes, como Eisner, M. H., «Modernización, autocontrol y violencia interpersonal: ensayo de una teoría de la civilización violenta», *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 3(2), 1995, pp. 27-43, niegan que sea posible una escala universal de la delincuencia dado que la percepción de la gravedad de los delitos puede variar significativamente entre diferentes culturas y contextos sociales, etc.

(174) Comenzando por sus propias modificaciones en Wolfgang, M. E., Figlio, R. M., & Sellin, T., *Delinquency in a Birth Cohort*, University of Chicago Press, 1987. Y después por trabajos como el de Rossi, P. H., Waite, E., Bose, C. E.,

sobre las mejores herramientas posibles para medir lo que, en el fondo, podía considerarse que era el daño percibido por la comunidad de la delincuencia y si ello debía relacionarse también con la frecuencia de la delincuencia (175).

La idea de daño también está en el fondo de otros instrumentos de medición criminológica como los que cuantifican el coste del crimen y buscan estimar el impacto económico de las actividades delictivas en la sociedad. Recientemente esta cuestión de la medición del coste del crimen se ha plasmado en propuestas específicas para la medición de los costes que producen actividades criminales específicas como la criminalidad organizada. Es el caso de Savona y Vettori quienes, tras analizar distintos intentos de medir el daño causado por el crimen organizado y hallar falta de uniformidad en la recopilación de datos y en las definiciones legales de los delitos y otros obstáculos para la métrica comparada, propusieron un enfoque que combina estadísticas oficiales con encuestas para obtener una visión más amplia y detallada del impacto del crimen (176). Lo mismo ha suce-

---

y Berk, R. E., «The seriousness of crimes: Normative structure and individual differences», *American Sociological Review*, vol. 39, n.º 2, 1974, pp. 224-237; y la nueva revisión de Wolfgang, M. E., Figlio, R. M., Tracy, P. E., y Singer, S. I., *op. cit.* Pease, en 1988, también contribuyó al debate enfatizando la importancia de comprender las percepciones públicas para informar las políticas criminales. Pease, K., «Judgements of crime seriousness: Some implications for anti-social behaviour and moral panics», en Tonry, M. & Morris, N. (Eds.), *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 10, University of Chicago Press, 1988, pp. 73-120.

(175) Véase sobre esto y las propuestas de Hindelang, M. J., Hirschi, T., y Weis, J. G., *Measuring Delinquency*, SAGE Publications, 1981, que introdujeron la idea de usar la frecuencia de delitos cometidos como un indicador de criminalidad, y después la Variety Scale. Sweeten, G., «Scaling Criminal Offending», *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 28(3), 2012, pp. 533-557

(176) Savona, E. U., y Vettori, B., «Evaluating the Cost of Organised Crime from a Comparative Perspective», *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 15(4), 2009, pp. 379-393. Por otro lado, Cohen y Bowles desarrollaron una metodología basada en el método de valoración contingente, utilizado en economía ambiental, mediante el cual se utilizan encuestas para estimar cuánto estaría dispuesta a pagar la sociedad por una reducción en la criminalidad; su propuesta incorpora tanto costos tangibles, como pérdidas económicas derivadas de daños a la propiedad y gastos médicos, como costos intangibles, tales como el dolor y el sufrimiento de las víctimas Cohen, M. A., & Bowles, R., «Estimating costs of crime», en Piquero, A. R. & Weisburd, D. (Eds.), *Handbook of Quantitative Criminology*, Springer, 2010, pp. 143-162. Otras investigaciones han explorado metodologías alternativas para medir los costos del crimen, como la aplicación de modelos econométricos para evaluar el impacto del crimen en el crecimiento económico o la productividad de las ciudades Heeks, M., Reed, S., Tafsiri, M., y Prince, S., *The Economic and Social Costs of Crime*, 2.ª ed., Home Office Research Report, 2018, así como la estimación del costo de oportunidad de las personas encarceladas en términos de pérdida

dido en el campo de la cibercriminalidad donde Levi, partiendo precisamente del elevado grado de subjetividad que tienen algunas aproximaciones, ha propuesto un modelo basado en la combinación de datos estadísticos y análisis económicos, con el fin de generar estimaciones más cuantificables del daño asociado a cada tipo de actividad delictiva (177). Pero la literatura sobre la medición del coste del crimen es muy anterior, existiendo un buen número de trabajos de finales del siglo pasado y de principios de este que han tratado de aportar diferentes métodos para tratar de medir los costes del delito (178). Sin pretender entrar aquí en una revisión de estos, sí me interesa destacar, por su clara relación con la cuestión de la potencial medición del daño del crimen, algunos aportes que han ido poniendo de manifiesto la necesidad (y la posibilidad) de medir y evaluar no sólo las pérdidas económicas derivadas del crimen sino otros impactos de naturaleza distinta, algunos de ellos relacionados con las propias víctimas (179). Así lo entendía Cohen, quien tras comprobar que los estudios sobre los costos del crimen se centraban exclusivamente en los gastos directos como pérdidas de propiedad, costos médicos y salarios perdidos (180) y considerar que ello subestimaba drásticamente el costo real del crimen al ignorar los efectos psicológicos y emocionales que sufren las víctimas, propuso una metodología innovadora basada en la combinación de datos sobre tasas de lesiones en víctimas de delitos con las indemnizaciones otorgadas por jurados en casos de lesiones personales para calcular valores monetarios para el dolor, el sufrimiento y el miedo (181). Esta fue después perfeccionada en otros trabajos del propio Cohen (182) y posteriormente

---

de contribuciones al mercado laboral WICKRAMASEKERA, P., RAYMER, J., GRAFF, M., y SMITH, P., «The economic cost of serious crime in Australia», *Journal of Criminology*, vol. 48(4), 2015, pp. 327-345.

(177) LEVI, M., «Assessing the trends, scale and nature of economic cybercrimes: Overview and Issues», *Crime, Law and Social Change*, vol. 67(1), 2017, pp. 3-20

(178) Generalmente desde el análisis económico del crimen, véase en este sentido el capítulo específico sobre los costes del delito en ALBERTSON, K., y FOX, C., *Crime and Economics: An Introduction*, 2011 pp.146 y ss.

(179) DOLAN, P., LOOMES, G., PEASGOOD, T., y TSUCHIYA, A., «Estimating the intangible victims costs of violent crime», *The British Journal of Criminology*, bol. 47, 2007, pp. 121 y ss.

(180) Trabajos de los años 70 como los de THALER, R., «A note on the value of crime control: Evidence from the property market», *Journal of Urban Economics*, vol. 5, n.º 1, 1978, pp. 137-145, o RIZZO, M. J., «The Effect of Crime on Residential Rents and Property Values», *The American Economist*, vol. 23, n.º 1, 1979, pp. 16-21.

(181) COHEN, M. A., «Pain, suffering, and jury awards: A study of the cost of crime to victims», *Law and Society Review*, vol. 22(3), 1988, pp. 537-555.

(182) COHEN, M. A., «A Note on the Cost of Crime to Victims», *Urban Studies*, vol. 27, n.º 1, 1990, pp. 139-146.

ampliada en el trabajo clásico de Miller, Cohen y Wiersema que adopta un enfoque integral y multidimensional para medir el coste del crimen, combinando datos administrativos, encuestas de victimización, análisis económico y modelos estadísticos (183). En este último trabajo la voluntad de capturar los costes del crimen más allá de los costes directos tangibles lleva a los autores a una metodología con dos avances muy interesantes. El primero tiene que ver con la medición de los costes intangibles individuales, aquellos relacionados con el sufrimiento y la pérdida de calidad de vida, donde se propone sumar al que Cohen denominó *Jury Awards Method* (Método de Equivalencia en Tribunales) que calculaba los promedios de coste a partir de las compensaciones por daños morales determinadas por jurados en tribunales civiles un nuevo método, el *Contingent Valuation Method* (método de valoración contingente) que mediante encuestas a la población trata de determinar cuánto estarían dispuestos a pagar los ciudadanos por evitar ser víctimas de un crimen específico comparándolo con estudios previos de disposición a pagar en áreas como seguridad vial y salud pública. El segundo cambio de interés tiene que ver con lo que denominaron costes del crimen sociales y a largo plazo, aquellos que no afectan únicamente a la víctima, sino a la sociedad en su conjunto, para lo cual usaron modelos estadísticos para evaluar el impacto en la salud mental de las víctimas y el coste en los servicios sanitarios o los costes indirectos en comunidades atendiendo al valor de las propiedades en zonas de alta criminalidad (184). Aunque este tipo de estudios de estimación de los costos económicos y sociales del crimen han seguido desarrollándose (185), apareciendo nuevas metodologías para tratar de proporcionar una base para la aplicación de políticas públicas en general y para programas de prevención del crimen en particular (186), también han sido objeto de numerosas críticas, imposibles de abarcar aquí, relacionadas bien con la cuestión ética de economizar variables de contenido moral o bien con la dificultad metodológica de cuantifi-

(183) Miller, T. R., Cohen, M. A., y Wiersema, B., «Crime in the United States: Victim costs and consequences», *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 11, n.º 2, 1995, pp. 167-178.

(184) Miller, T. R., Cohen, M. A., y Wiersema, B., *op. cit.*

(185) Un panorama general sobre estos enfoques en Chalfin, A., «Economic Costs of Crime», en *The Encyclopedia of Crime and Punishment*, John Wiley & Sons, Ltd., 2015, pp. 1-12, y Domínguez, P., y Raphael, S., «The role of the cost-of-crime literature in bridging the gap between social science research and policy making: Potentials and limitations», *Criminology & Public Policy*, vol. 14, n.º 4, 2015, pp. 589-632.

(186) Véase, por ejemplo, Cohen, M. A., *The Costs of Crime and Justice*, Routledge, 2nda edición, 2020, o más recientemente Roman, C. G., et al., *op. cit.*

car ciertos tipos de costos, la validez de las fuentes de datos y los supuestos utilizados en la estimación (187).

Quizás el problema sea lo enormemente contraintuitivo que resulta reducir el delito, el daño o, añadiría yo, el castigo, en términos de «coste». Como se ha señalado en relación con la prisión y añadiría yo para las demás, ninguna de estas experiencias vitales puede ser capturada con precisión por medio de este término, y por eso resultan tan problemáticas este tipo de reducciones (188). Poner el énfasis exclusivo en la idea de coste, con las implicaciones económicas que tiene, podría ciertamente conducir a una visión reduccionista de la criminalidad, omitiendo factores sociales y psicológicos que también deberían ser considerados en la formulación de políticas públicas. La cuestión, en todo caso, como desarrollaré más adelante, y en la línea de lo que he adelantado anteriormente, no debería ser si es posible encontrar medidas objetivas perfectas de hechos institucionales normativizados (también denominados constructos sociales) como delito, daño, o injusticia, sino si, en ausencia de las mismas, debemos o no usar metodologías de valoración que, por medio de cuantificaciones más o menos aproximadas, nos permitan tomar mejores (en sentido ético) decisiones en materia de política criminal.

Estas consideraciones podrían hacerse también a algunos de los intentos directos de cuantificar y valorar el daño, aunque desde perspectivas muy distintas. El más conocido es la idea de crear un índice o escala de daño, desarrollada por varios autores (189) pero esencialmente por Sherman con su Cambridge Crime Harm Index. Aunque la

---

(187) Por ejemplo las críticas al uso de métodos de cuantificación basados en encuestas presentan sesgos de percepción que pueden distorsionar la gravedad real de ciertos delitos, ya que los encuestados pueden sobrestimar el impacto de crímenes violentos y subestimar delitos financieros o de cuello blanco, cuyos efectos pueden ser igualmente devastadores en términos económicos Pease, K., *op. cit.,* Véase un panorama general de las críticas, más centrado en lo metodológico que en consideraciones éticas, en Domínguez, P., y Raphael, S., *op. cit.*

(188) Así Cullen, F. T., Jonson, C. L., y Nagin, D. S., «Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science», *The Prison Journal*, vol. 91(3), 2011, pp. 48-65, quienes, sin embargo, y creo que es totalmente compatible hacerlo, no están negando la posibilidad de evaluar las políticas por sus efectos sino todo lo contrario, en cuanto que lo que sostienen es que una visión simplificadora de la idea de la prisión como un coste necesario para lograr efectos disuasorios solo puede considerarse contraria a la evidencia científica puesto que las políticas punitivas, como el encarcelamiento masivo, no sólo no ha mostrado eficacia en la reducción de la reincidencia sino que es una experiencia enormemente lesiva para los internos y puede tener efectos negativos a largo plazo en las comunidades.

(189) Tambien desarrolló esta idea Ratcliffe, J. H., «Towards an index for harm-focused policing», *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 9(2), 2015, pp. 164-182.

idea de la creación de un índice ponderado de daños del crimen (Crime Harm Index) que permita medir y comparar el impacto real de diferentes delitos, facilitando así una asignación más eficiente de los recursos policiales y otras políticas públicas, ya había sido planteado por Sherman anteriormente (190). Es en su trabajo de 2016 cuando desarrolla el Cambridge Crime Harm Index (CHI), una nueva metodología para medir el daño del crimen y así ayudar a las fuerzas policiales a asignar recursos de manera más efectiva, basándose en las directrices de sentencia del Reino Unido, y que permitiría medir el daño total causado por el crimen en función de las penas establecidas asignadas. El CHI surge como una alternativa a los enfoques tradicionales de medición del crimen, que suelen contar el número total de delitos sin ponderar su impacto real en las víctimas y la sociedad y se fundamenta en la idea de que no todos los delitos generan el mismo nivel de daño y, por lo tanto, es necesario establecer un método para ponderarlos adecuadamente. Para hacerlo el CHI mide el daño de cada delito de acuerdo con el «*starting point*» de las directrices de sentencia, es decir, el número de días en prisión que un tribunal asignaría como punto de partida para la pena de un delincuente sin antecedentes y sin circunstancias agravantes o atenuantes, evitando así problemas de subjetividad en la determinación de la severidad de los delitos y proporcionando, según los autores, una métrica más estable y confiable (191).

---

(190) La idea la introduce por primera vez en SHERMAN, L. W. (2007). «The power few: Experimental criminology and the reduction of harm». *Journal of Experimental Criminology*, 3(4), pp. 299-321, a partir de la constatación de que una pequeña proporción de delincuentes, víctimas y lugares son responsables de la mayor parte del daño causado por el crimen, lo que lle lleva a proponer, para reducir eficazmente el daño total, un índice que permita saber dónde y en qué delitos centrar las estrategias policiales y de justicia penal. Estas ideas las mantiene en SHERMAN, L. W., «The power few: Experimental criminology and the reduction of harm», *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 3(4), 2007, pp. 299-321, en el que ya habla de la asignación de pesos específicos a cada tipo de delito, y en SHERMAN, L. W., et. al, *The Cambridge Crime Harm Index: Measuring total harm from crime base don sentencing guidelines. op. cit.,* centrado en particular en las actividades policiales preventivas. Finalmente, en SHERMAN, L. W., «The rise of evidence-based policing: Targeting, testing, and tracking», *Crime and Justice*, vol. 42, n.º 1, 2013, pp. 377-451, dedicado a la evolución y los principios fundamentales de la policía basada en evidencia, Sherman vuelve a enfatizar la importancia de medir no solo la incidencia delictiva, sino también el daño causado por diferentes tipos de delitos y la necesidad de implementar un Crime Harm index para hacerlo.

(191) SHERMAN, L. W., *op. cit.* Otras singularidades del CHI destacadas por sus autores son: que sólo cuenta los delitos denunciados por víctimas o testigos, excluyendo aquellos detectados por la policía (como posesión de drogas o hurtos identificados por seguridad privada), para evitar sesgos en la medición; que se trata un índice de daño

Hay que decir que el CHI pretende constituirse, esencialmente, en una herramienta de medición objetiva del impacto del crimen con propósito comparativo en el marco de las políticas públicas. El que se construya a partir del estándar normativo de las directrices de sentencia convierte al CHI en una herramienta de estandarización de lo que institucionalmente se considera daño y, como tal, para la valoración intrainstitucional de qué es más grave y debe merecer más atención, podría resultar una herramienta informativa y práctica. Pero es precisamente ese diseño el que hace que el CHI no pueda constituir ni una herramienta adecuada para el análisis crítico de la política criminal ni, tampoco, suficiente para su uso como referencia central de lo que es daño en el ejercicio público o intrainstitucional de la política criminal. En cuanto a esto último porque, como se ha señalado, los pesos de daño basados en las directrices de sentencia no reflejan adecuadamente la variabilidad del daño, tal como lo experimentan las víctimas o la sociedad en general, puesto que las sentencias judiciales pueden no considerar todas las dimensiones del daño causado por un delito específico (192). Además, y como han advertido Paoli y Greenfield, el CHI tiende a centrarse en los daños directos e inmediatos de los delitos, sin considerar adecuadamente los efectos indirectos o a largo plazo que pueden tener repercusiones significativas en las comunidades y la sociedad en general (193), por lo que la evaluación político criminal que se haría por parte de las propias instituciones públicas atendiendo a un criterio como el CHI sería parcial y cortoplacista. Pero, sobre todo, el CHI no sirve al propósito, aquí pretendido, de convertir el daño y su medición y valoración en el centro de la crítica político criminal. Al dar por aceptado el estándar normativo institucional para definir lo que es daño, sólo se valoraría aquello que ya es considerado daño y no aquello que debiera ser considerado tal, aunque formalmente no lo sea; y sólo se apreciaría la cantidad de daño a partir de lo que las instituciones judiciales ya consideran, sin que pueda tenerse en cuenta, a partir de otros elementos, que el daño es menor o mayor del que formalmente se identifica que hay. El CHI no

---

puro, separado de la culpabilidad del delincuente, su reincidencia y demás características individuales del que perpetra el delito, midiendo solo el daño causado por el delito en sí; y que, a diferencia de los enfoques basados en análisis económicos o estudios judiciales complejos, el CHI puede calcularse fácilmente a partir de los datos de criminalidad disponibles por lo que proporciona una métrica estable y de bajo costo.

(192) Ruitenburg, T. y Ruiter, S., «The adoption of a crime harm index: A scoping literature review», *Police Practice and Research*, Vol. 24(4), 2023, pp. 423-445.

(193) Greenfield, V. A. y Paoli, L.*, Assesing the harms of crime: A new framework for Crminal Policy*, *op. cit.*

es, por tanto, una herramienta útil para la crítica político criminal que es para lo que debiera servir un sistema de medición del daño.

Y esto es lo que hace que el otro modelo que ha surgido recientemente de cuantificación o, más bien, valoración del daño, el denominado «Harm Assessment Framework» (HAF) de Letizia Paoli y Victoria A. Greenfield resulte, a mi parecer, más adecuado para el objetivo pretendido de situar el daño en el centro de la discusión político criminal. El *Harm Assessment Framework* (HAF) desarrollado por Paoli y Greenfield a través de varias obras (194) se fundamenta en la necesidad de desarrollar una metodología sistemática, empírica y estructurada para evaluar los daños derivados de distintas actividades criminales y otras prácticas socialmente perjudiciales, buscando no solo una alternativa a los enfoques tradicionales que priorizan la clasificación legal de los delitos y su sanción penal, sino también una herramienta práctica que permita determinar qué conductas representan los mayores daños sociales y que ayude a formular políticas criminales más efectivas y racionales (195). A diferencia del CHI, que se basa en las penas establecidas, el HAF se centra en una evaluación más amplia de los daños, considerando tanto los efectos directos como los indirectos del crimen en individuos, comunidades y estructuras institucionales, pues no sólo busca proporcionar una herramienta para que los responsables de políticas criminales puedan priorizar intervenciones basadas en una comprensión detallada de los daños causados por diversas actividades delictivas, sino también una herramienta crítica de la política criminal. Y aquí está, a mi parecer el enorme valor de la propuesta de Paoli y Greenfield al que tan sólo me voy a aproximar mínimamente para terminar este trabajo.

Después de poner de manifiesto que el daño ha sido un criterio histórico para la criminalización de conductas, tanto en el derecho

---

(194) Aunque su libro «Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy» fue publicado en 2022, las autoras ya habían introducido este enfoque en artículos anteriores, como Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *The British Journal of Criminology*, *op. cit.,* pp. 864-885; Paoli, L. y Greenfield, V., «Harm: A Neglected Concept in Criminology, a Necessary Benchmark for Crime-Control Policy», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 21, 2013, pp. 359-377; Paoli, L. y Greenfield, V., «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *op. cit.,* pp. 87-100; Paoli, L., y Greenfield, V. A., «Harm: A Substitute for Crime or Central to It?», en Boukli, A. y Kotzé, J.(Eds.), *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 57-84; Paoli, L., Greenfield, V. A., y Zoutendijk, A., «The Harms of Cocaine Trafficking: Applying a New Framework for Assessment», *Journal of Drug Issues*, vol. 43, n.º 4, 2013, pp. 407-436.

(195) Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*

anglosajón como en el continental y de mostrar cómo la criminalización ha evolucionado desde su vinculación inicial con el perjuicio tangible hacia una consideración más amplia que incluye aspectos simbólicos y estructurales, y advertir sobre la dificultad de una aplicación coherente del principio del daño en el sistema penal, las autoras sostienen que incorporar el análisis del daño en criminología podría mejorar significativamente la toma de decisiones en materia de política criminal (196). Entre las aplicaciones más evidentes el daño serviría para determinar qué delitos deben ser perseguidos con mayor intensidad y priorizar la persecución de los crímenes con mayor impacto real; establecer penas proporcionales al daño generado; evaluar políticas de prevención y control del delito mediante el diseño de estrategias más efectivas basadas en evidencia empírica sobre el daño que generan las distintas conductas criminalizadas; y diseñar mecanismos más efectivos para reparar el daño sufrido por las víctimas para dar relevancia a la justicia restaurativa. Las autoras reconocen una serie de desafíos, tanto conceptuales como técnicos, para la evaluación del daño derivado de actividades criminales, como el propio de la normatividad de la idea de daño, la cuestión de la infinitud de los daños, la problemática de la causalidad o la cuestión de la supuesta inconmensurabilidad de los daños y la dificultad de la comparación y la medición de los mismos (197), y los afrontan

(196) Greenfield, V. A., y Paoli, L., *Assesing the harms of crime: A new framework for Crminal Policy*, *op. cit.*

(197) Todos estos problemas son analizados y abordados por Paoli y Greenfield, partiendo del intrínseco carácter normativo, en el sentido del uso de juicios de valor moral, político y social (Greenfield, V. A., y Paoli, L., *Assesing the harms of crime: A new framework for Crminal Policy*, op. cit, p. 101), en el que consiste la catalogación de un resultado como daño. La variabilidad cultural y socioeconómica que conlleva que lo que sea considerado un daño en un contexto no lo sea en otro obliga a determinar adecuadamente no sólo las condiciones de legitimidad de reconocimiento del daño sino la transparencia de estos Greenfield, V., y Paoli, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, op. cit, p. 102. Otro desafío es el de la infinitud, pues no es posible identificar y clasificar ex ante todos los daños potenciales que pueden surgir de una actividad criminal, especialmente debido a los efectos en cadena y acumulativos de segundo y tercer orden Greenfield, V. A., y Paoli, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, op. cit, p. 105. También está la cuestión de la causalidad, que exige determinar inferencias para poder atribuir los daños a actividades criminales específicas y no a otras causas, y que será especialmente compleja allí donde los daños estén espacial, temporal o conductualmente distantes de su causa original, como ocurre con los efectos indirectos del tráfico de drogas en comunidades vulnerables Greenfield, V., y Paoli, L., Greenfield, V. y Paoli, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.,* p. 107. Para mitigar estas dificultades, el marco metodológico propuesto opera con criterios

por medio de un marco de evaluación estructurado que permite analizar de manera más objetiva los daños generados por el crimen. Dado que los sistemas penales han tendido a operar a partir de criterios normativos y políticos más que sobre una base empírica que evalúe los efectos reales de las actividades delictivas, las autoras proponen una metodología de análisis del daño que se desarrolla en distintas fases interconectadas, las cuales permiten no solo identificar los daños que generan las actividades criminales, sino también evaluar su gravedad, incidencia y distribución social, y diferenciar entre aquellos daños que derivan directamente de la actividad criminal y los que, por el contrario, son resultado de políticas de control y criminalización (198).

El HAF se basa en un proceso metodológico compuesto por varias etapas que se aplican de manera secuencial, cada una con herramientas específicas para la evaluación del daño y la priorización de los esfuerzos de control del crimen, garantizando que las políticas criminales no se basen únicamente en la frecuencia de los delitos o en su clasificación penal, sino en la magnitud del daño que producen en la sociedad y en distintos sectores afectados (199). La evaluación se realiza a través de un análisis sistemático y empírico

---

explícitos de legitimidad, asegurando que los daños considerados en la evaluación sean aquellos que pueden justificarse de manera razonada y transparente GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.,* p. 104. En este sentido, el proceso de evaluación incluye una fase específica de análisis de causalidad, en la que se examina el vínculo entre el daño identificado y la actividad criminal de origen, considerando la posibilidad de que los daños sean consecuencia de políticas de control más que de la actividad en sí misma GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.,* p. 109. Pero si hay un desafío complejo para la evaluación del daño es la cuestión de la conmensurabilidad de los daños y, en relación con ella, de su medición. Y no sólo porque la diversidad de daños dificulta su comparación, ya que afectan a diferentes tipos de actores y presentan grados variables de impacto, sino por la dificultad de dar una medida a algunos tipos de daños morales y psicológicos y compararlos con otros. Para abordar esta dificultad, proponen un enfoque basado en la estandarización de las medidas de evaluación, utilizando escalas comunes que permitan la comparabilidad dentro de clases de portadores de daños, aunque sin intentar una conmensurabilidad absoluta entre clases distintas GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 117. En este sentido, el marco analítico ofrece una solución pragmática que permite la agregación de daños dentro de categorías homogéneas y facilita la identificación de patrones de acumulación de daños a lo largo del tiempo.

(198) PAOLI, L. y GREENFIELD, V., «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *op. cit.*

(199) GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.* Un desarrollo aún más completo en GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.*

que utiliza tanto datos cuantitativos como cualitativos, y que permite estructurar la información en una serie de matrices y escalas que facilitan su comparación y su aplicación en el diseño de estrategias de intervención más racionales y focalizadas en los problemas más urgentes. El primer paso en la aplicación del *HAF* consiste en la construcción o análisis del «modelo de negocio» de la actividad delictiva que se está analizando, en el sentido de adquirir la comprensión de la estructura operativa y funcional del delito para poder identificar cómo impacta en la sociedad y genera daño (200). El siguiente paso consistirá en identificar los daños asociados a la actividad criminal y los distintos actores que la sufren, atendiendo a la actividad que produce el evento dañino, el tipo de daño y su portador. Para poder llevar a cabo, Paoli y Greenfield proponen una taxonomía del daño que clasifica los efectos negativos del delito en distintos niveles y categorías según las dimensiones de interés y los portadores que los sufren (201). Esta clasificación se estructura en torno a cuatro grandes dimensiones del daño: a) integridad funcional, b) apoyo material, c) reputación y d) privacidad/autonomía, cada una de las cuales afecta a distintos actores, que pueden ser bien a) individuos, b) entidades del sector privado, c) gobierno e instituciones y, d) el medio ambiente (202). Esta taxonomía, además, no

(200) Este modelo de negocio no solo se aplica a delitos convencionales como el tráfico de drogas, la trata de personas o la corrupción, sino también a actividades delictivas más complejas como el crimen organizado transnacional, las actividades ilícitas en mercados financieros o los delitos ambientales, donde las estructuras operativas pueden ser más sofisticadas y los daños pueden manifestarse de manera indirecta Greenfield, V. A., y Paoli, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.* Para ello, se desglosa la actividad en fases operativas que incluyen desde las primeras etapas del delito hasta sus consecuencias finales, considerando factores como los actores involucrados, las estrategias utilizadas para la comisión del delito, los recursos requeridos y los ámbitos en los que opera. También, Greenfield, V. A., y Paoli, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.*

(201) Paoli, L. y Greenfield, V., «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *op. cit.*

(202) Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 91. La integridad funcional se refiere a la capacidad de los individuos, entidades y el medio ambiente para operar eficazmente en su entorno. Para los individuos, abarca la integridad física, psicológica e intelectual, que pueden verse afectadas por daños graves, traumas o discapacidades Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 94; para las entidades privadas y gubernamentales, se trata de mantener la capacidad operativa frente a delitos; finalmente, para el medio ambiente, implica conservar el equilibrio ecológico ante impactos negativos como la contaminación o la deforestación Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 97. El daño al apoyo material incluye pérdidas económicas que afectan a individuos (bienes,

solo permite una evaluación sistemática de su gravedad e incidencia, sino que también facilita la identificación de efectos estructurales que pueden surgir con el tiempo. En particular, Greenfield y Paoli enfatizan que muchos de los daños derivados del delito no se limitan a sus efectos inmediatos sobre las víctimas directas, sino que también generan repercusiones que afectan a comunidades enteras, influyendo en la estabilidad económica, la cohesión social y la percepción de seguridad (203). Además, estos efectos pueden ser acumulativos, es decir, el impacto del delito no se mide solo en términos de eventos individuales, sino también considerando la repetición y acumulación de daños a lo largo del tiempo, lo que puede contribuir a la marginalización de ciertas poblaciones y al debilitamiento de las instituciones democráticas (204).

El tercer paso del proceso de evaluación del daño en el HAF consiste en la evaluación de la gravedad y la incidencia del daño, un proceso que no se basa en apreciaciones subjetivas o arbitrarias, sino en un sistema estructurado de escalas de medición diseñadas para proporcionar una valoración objetiva y sistemática. La gravedad del daño se determina a través de una escala ordinal que considera distintos

---

ingresos), empresas (activos, costos de reparación) y gobiernos (costos de respuesta al crimen, impacto en la recaudación) Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* pp. 95-96. Estos daños pueden tener efectos inmediatos o estructurales si la criminalidad compromete el crecimiento económico y la inversión. Por su parte, el daño a la reputación implica la afectación de la percepción pública y la credibilidad. Para los individuos, puede suponer estigmatización o exclusión laboral; para empresas y gobiernos, pérdida de confianza e imagen institucional, con potencial disminución de la legitimidad estatal y cohesión social Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* pp. 97-99. Por último, la dimensión de privacidad y autonomía (que reconocen que están relacionadas, pero son distintas entre sí), integrarían las violaciones del derecho de los individuos y entidades a mantener el control sobre su información personal y su capacidad de tomar decisiones libres de coerciones externas. Para los individuos, esto puede incluir la vigilancia no autorizada, la explotación de datos personales o la restricción de su libertad de movimiento y decisión, como en el caso de la trata de personas Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 95. Para las empresas y el gobierno, el daño a la privacidad y autonomía puede derivarse de la exposición de información confidencial o la manipulación de decisiones institucionales por actores criminales, como en los casos de corrupción y ciberataques Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 96. A largo plazo, este tipo de daño puede socavar la confianza en las instituciones y erosionar la capacidad del Estado y del sector privado para operar con transparencia y eficacia.

(203) Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 98).

(204) Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 100.

factores, como el grado de afectación del bienestar individual, la estabilidad de las instituciones y el impacto en la cohesión social. Paralelamente, la incidencia del daño se mide en función de su frecuencia y persistencia dentro de la sociedad, permitiendo diferenciar entre daños que ocurren esporádicamente y aquellos que presentan una continuidad sostenida en el tiempo (205).

El cuarto paso del proceso de evaluación del daño consiste en la priorización de los daños identificados mediante una matriz de evaluación, en la que se combinan los niveles de gravedad e incidencia previamente establecidos. Esta matriz permite estructurar de manera sistemática la clasificación de los daños según su impacto y recurrencia, proporcionando una base objetiva para diferenciar aquellos daños que requieren una intervención inmediata de aquellos cuya mitigación

(205) Por un lado, la escala de gravedad permite evaluar el impacto de los daños en individuos, entidades privadas, gobiernos o el medio ambiente, clasificándolos en cinco niveles de severidad. El nivel más alto corresponde a daños «catastróficos», como la muerte, el colapso institucional o la destrucción irreversible de un ecosistema Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 106. Un nivel inferior son los daños «graves», que, aunque no irreparables, afectan notablemente la capacidad de recuperación, como lesiones permanentes, quiebra empresarial o corrupción severa en instituciones públicas. Los daños «serios» tienen afectaciones importantes pero reversibles, como la pérdida temporal de empleo o el daño reputacional de una organización. Los daños «moderados» generan problemas manejables, como pérdidas económicas menores o daños transitorios en infraestructuras. Finalmente, los daños «marginales» representan afectaciones leves que no alteran la funcionalidad, como el deterioro menor de bienes o impactos limitados en la calidad de vida Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 107. Las autoras presentan además una escala de incidencia, que clasifica la frecuencia de los daños en cinco niveles. Los daños «continuos» ocurren de manera constante y generalizada, como el tráfico de drogas o la corrupción endémica en la administración pública Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 111. Los daños «persistentes» no son ininterrumpidos, pero ocurren con suficiente recurrencia para generar preocupación, como delitos financieros que afectan periódicamente los mercados. Los daños «ocasionales» aparecen de forma intermitente, sin regularidad definida, como ciertos episodios de violencia urbana. Los daños «raros» son excepcionales, como ataques terroristas aislados o fraudes empresariales poco frecuentes. Los daños «muy raros» tienen una probabilidad extremadamente baja de ocurrir, como eventos delictivos extraordinarios en circunstancias excepcionales Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 112. El uso conjunto de ambas escalas permite una evaluación precisa de los daños y la priorización en la política criminal. Así, se pueden distinguir daños severos, pero poco frecuentes de aquellos menos graves pero recurrentes, facilitando estrategias de mitigación efectivas y centradas en daños con alta incidencia y gravedad, mientras se previenen los de baja ocurrencia, pero impacto significativo Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 114.

puede gestionarse a largo plazo (206). A través de este mecanismo, además, se facilita la toma de decisiones en materia de política criminal, permitiendo asignar recursos y diseñar estrategias de intervención en función de la relevancia y urgencia de cada daño dentro del contexto analizado (Paoli & Greenfield, 2013). Finalmente, el HAF concluye con un proceso detallado de análisis de la causalidad de los daños, un paso esencial para comprender las relaciones entre los daños identificados y las actividades criminales que los generan. Este análisis permite diferenciar entre aquellos daños que pueden ser directamente atribuidos a una actividad criminal específica y aquellos que surgen como resultado de factores secundarios o terciarios, incluyendo la implementación de políticas gubernamentales, respuestas institucionales y efectos colaterales que pueden amplificar o modificar el impacto del daño original (207).

---

(206) La matriz de evaluación sigue una lógica progresiva para identificar áreas prioritarias según la combinación de gravedad e incidencia del daño. Los daños con alta gravedad e incidencia requieren atención inmediata por su impacto continuo y significativo en la sociedad, como la violencia sistemática, la corrupción estructural o los crímenes organizados, que afectan múltiples sectores y generan daños acumulativos), Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 117. En el extremo opuesto, los daños de baja gravedad e incidencia son menos prioritarios, ya que no representan una amenaza estructural relevante y pueden manejarse con menos recursos, como delitos menores o crímenes ocasionales sin repercusiones prolongadas Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 118. Entre ambos extremos se encuentran daños con combinaciones variables de gravedad e incidencia. Los daños de alta gravedad, pero baja incidencia, como ataques terroristas esporádicos o grandes fraudes financieros poco frecuentes, presentan un reto político debido a su alto impacto individual pero baja probabilidad Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 119. En cambio, los daños de baja gravedad, pero alta incidencia, como vandalismo o pequeños hurtos, no son graves individualmente pero su recurrencia constante puede afectar la percepción de seguridad, justificando políticas de reducción Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 119. Por su parte la matriz de priorización permite establecer umbrales de intervención y estrategias diferenciadas. Los daños en la parte superior de la matriz requieren medidas de contención inmediatas, mientras que los intermedios pueden abordarse con estrategias de prevención y reducción a mediano y largo plazo Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 120. Según las autoras, su implementación no requiere un acceso exclusivo a grandes bases de datos o modelos estadísticos complejos, sino que puede aplicarse mediante una combinación de datos empíricos y conocimientos expertos, facilitando su uso tanto en contextos de análisis criminal como en la formulación de políticas públicas Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 121.

(207) La correcta identificación de estas relaciones causales no solo facilita una mejor comprensión del origen y evolución del daño, sino que también permite evaluar hasta qué punto ciertos efectos negativos son una consecuencia inevitable de

V. VALORACIÓN DEL DAÑO: TAREA COMPARTIDA ENTRE DISCIPLINAS

Hemos empezado este trabajo planteando si el daño puede constituir un objeto de estudio que complemente o incluso sustituya al delito en la criminología, el derecho penal y la política criminal, y creo haber mostrado que, en cada una de ellas, el daño ha sido un objeto de estudio y de praxis presente, particularmente en la construcción de los principios de legitimación del derecho penal y en el desarrollo de marcos criminológicos que buscan trascender la referencia exclusiva al delito. A mi parecer el daño no solo es un concepto relevante para derecho penal, criminología y política criminal, sino que podría convertirse en un eje vertebrador que facilite la convergencia entre lo normativo y lo empírico, permitiendo una mejor fundamentación de las decisiones político-criminales. Pero ello lo lograremos, sobre todo, por medio del uso de herramientas metodológicas como el HAF o similares, que traten de analizar sistemática y rigurosamente los daños y las políticas frente a los mismos. A mi parecer el Harm Assessment Framework (HAF) desarrollado por Paoli y Greenfield representa una propuesta metodológica compleja pero potencialmente adecuada para la configuración de un sistema de valoración del daño asociado al crimen y a otros daños que debieran ser catalogados como tales. La sofisticación de su estructura no solo deviene de la variedad de dimensiones que incorpora para evaluar los efectos del crimen en individuos, instituciones y el entorno, sino esencialmente del modo en el que busca conjugar principios normativos con herramientas empíricas para traducir el concepto de daño en un sistema operativamente viable. No puede negarse que se trata de un marco cuya puesta en marcha no resultará sencilla, pero su dificultad es consecuencia inevitable de la ambición del proyecto y de la magnitud del desafío que aborda: ofrecer una evaluación potencialmente objetiva, sistemática y aplicable a la toma de decisiones en política criminal. A mi parecer ese es uno de sus méritos fundamentales: su capacidad para estructurar de manera rigurosa la evaluación del daño sin caer en simplificaciones reduccionistas. Es decir, de afrontar la complejidad del proceso de valorar los daños y de establecer prioridades en la respuesta a los mismos introduciendo

---

la actividad criminal o, por el contrario, son generados o exacerbados por estrategias de aplicación de la ley, fallos en la regulación o factores estructurales preexistentes Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* p. 120. También en Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*

mecanismos sofisticados y complejos para mejorar la toma de decisiones y diseñar estrategias de intervención justas, eficaces y realistas. Por tanto, y aunque no es el objetivo de este trabajo el realizar una valoración crítica definitiva de este proceso, sí considero que el HAF no sólo es una contribución valiosa y necesaria al debate sobre la valoración del daño en el ámbito del delito, sino que podría constituir una alternativa muy seria y rigurosa para ser desarrollada como un marco sólido para la toma de decisiones político criminales justas y eficaces a partir de la idea de daño.

Creo, además, que este tipo de herramientas estructuradas pueden resultar especialmente útiles para la praxis político-criminal, no solo por su capacidad de sistematizar la evaluación de los daños y los efectos del delito en diferentes ámbitos, sino porque ofrecen un marco que mejoraría significativamente la trazabilidad de las decisiones en materia de política criminal. En un contexto en el que la formulación de estrategias de control del crimen sigue dependiendo en gran medida de intuiciones, percepciones políticas y presiones sociales, el uso de herramientas sistemáticas y basadas en evidencia empírica no sólo sirve para fundamentar las decisiones en diagnósticos más precisos y rigurosos, sino para tratar de reducir la arbitrariedad en la toma de decisiones. Al establecer criterios explícitos para determinar qué constituye un daño, cuál es su gravedad, con qué frecuencia ocurre y qué acciones pueden mitigar sus efectos, estos marcos permiten no solo clarificar los términos del debate, sino también proporcionar una estructura analítica que obliga a la argumentación en unos términos racionales predefinidos. En un ámbito tan cargado de subjetividad y disputas teóricas como la valoración de lo que es daño o no, propuestas de este tipo destacan por su intento de dotar de coherencia y precisión a un proceso que tradicionalmente ha sido tratado de manera fragmentaria y asistemática. Es indiscutible que la aplicación de un marco así probablemente no eliminará por completo la subjetividad, pero al configurarse como un sistema argumentativo la hará más complicada, convirtiendo el proceso en un camino hacia el acuerdo respecto a la valoración de lo que es lesivo. Y también es difícilmente discutible, por tanto, que una política criminal que se apoyara en la implementación de modelos de este tipo sería una en la que habría una discusión más informada sobre qué se debe proteger, qué se debe evitar y qué instrumentos de intervención resultan más adecuados en función de criterios verificables, aumentando así la posibilidad de que disminuyan la influencia de intereses particulares y percepciones subjetivas en la orientación de las políticas públicas.

Porque es fundamental reconocer que la valoración del daño no puede reducirse ni a un mero ejercicio empírico basado en la medición de efectos observables ni a una deliberación exclusivamente normativa sobre lo que debería ser considerado un daño relevante en términos político-criminales. A mi parecer, cualquier intento de evaluar de manera rigurosa los daños asociados al crimen debe integrar dos dimensiones esenciales: el análisis normativo y el análisis empírico, los cuales operan de manera complementaria y permiten dotar al proceso evaluativo de un equilibrio entre fundamentación teórica y evidencia verificable. La criminología y la dogmática penal, en este sentido, más que atribuirse competencias en exclusiva o mirarse de espaldas, lo que debieran es colaborar y distribuirse las tareas para una mejor definición de la política criminal. El punto de partida puede ser, como viene haciendo la dogmática penal, la definición del sistema de principios de criminalización y de legitimación de la intervención penal que delimiten los intereses jurídicos y sociales que merecen protección y ante qué tipo de comportamientos. Pero eso implica, a su vez, ir más allá de la propia dogmática penal. La noción de daño requiere, en primer lugar, una concepción filosófica y normativa subyacente que determine qué cuenta como daño, en qué circunstancias y por qué razones. Sin ánimo de exhaustividad, y sin tomar posición aquí, bastará a los efectos de este trabajo afirmar que nunca será lo mismo construir la noción de daño desde perspectivas idealistas kantianas o *rawlsianas*, donde la noción de daño se configure en función de principios universales de justicia, derivados de la razón práctica o de un hipotético contrato social basado en la equidad, que desde posiciones escéptico-relativistas como las de Mackie donde el daño no podría entenderse como una categoría normativa universal, sino como una construcción arbitraria dependiente de valores y acuerdos sociales contingentes (208). Como no sería lo mismo hacerlo desde bases contractualistas como las de Thomas Scanlon (209), donde lo relevante no es la afectación material sino aquello que, en un marco deliberativo, ninguna persona afectada podría rechazar razonablemente en un marco de justificación intersubjetiva; que desde una perspectiva pragmática como la de Amartya Sen, en la que el énfasis no debe ponerse en su justificación moral abstracta, sino en sus efectos reales en forma

(208) Mackie, J. L., *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, New York, 1977.

(209) Scanlon, T. M., *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1998.

de restricciones a las capacidades fundamentales de los individuos para llevar la vida que valoran (210).

A su vez el análisis normativo no puede, o al menos no debe, realizarse por sí solo y a espaldas del conocimiento empírico sobre cómo afectan realmente las conductas a las personas y a los entornos sociales, sobre cómo reducen las expectativas y las posibilidades de vida; y también acerca de cómo se puede responder efectivamente a ello. Es aquí donde entra en juego el análisis empírico, cuya función es proporcionar datos objetivos por medio de metodologías cuantitativas y cualitativas que permitan medir la incidencia y la gravedad de los distintos daños, incorporando indicadores verificables que permitan comparaciones sistemáticas que ayuden a estandarizar la valoración de los daños en función de criterios objetivos que puedan ser discutidos y argumentados. Esto es lo que permite hacer efectiva, en la política criminal, la idea de Sherman de que «todos estamos legitimados para tener nuestras propias opiniones, pero no nuestros propios hechos» (211). Definir qué debe ser considerado un daño relevante para la intervención del derecho penal exige, también, medir y comparar los efectos del crimen y de las políticas frente a él y discutir y debatir sobre modelos desde las mismas realidades o los mismos hechos. Y ambas tareas no pueden llevarse a cabo de forma separada sino, al menos, dialogada. Sólo así podremos garantizar que las decisiones político-criminales derivadas de su aplicación

(210) Sen, A., *op. cit.* Es precisamente desde estos presupuestos desde los que Greenfield, V. A., y Paoli, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.,* pp. 88 y ss, y p. 96. Como digo, no es el momento aquí de realizar una valoración crítica de la teoría de la justicia de Sen como presupuesto para la construcción de la idea de daño. Sí diré que, al centrarse en la reducción de injusticias concretas en lugar de en la construcción de un modelo ideal, esta teoría de la justicia cuadra particularmente bien con la idea de las autoras de una valoración del daño más flexible y adaptada a las consecuencias reales sobre la vida de las personas. Además, y desde la perspectiva de lo que, con razón, demanda la zemiología de ir en la idea de daño más allá de los intereses jurídicos reconocidos formalmente en un momento dado por un ordenamiento jurídico, su *capability approach*, al evaluar la justicia en función de las capacidades de los individuos, permite integrar en la idea de daño otras afectaciones y, también, factores estructurales como la desigualdad y la exclusión social. Sin embargo, esta misma flexibilidad de la teoría de la Justicia de Sen podría plantear también problemas derivados de la ausencia de principios normativos o bien universales o aceptados sobre bases procedimentales Sen, A., *op. cit.* Creo, en todo caso, que no debería descartarse la posibilidad de complementar las bases de la teoría de Sen con otros enfoques normativos más estructurados que permitan dotar de mayor precisión y estabilidad a la definición del daño. Esto podría contribuir a consolidar un marco de evaluación del daño que no solo fuera operativamente viable, sino también normativamente justificable en el contexto de la justicia penal y la política criminal, y todo ello sin perder la flexibilidad que caracteriza esta aproximación.

(211) Sherman, L., *op. cit.*

sean legítimas y efectivas o, efectivas, y por tanto también legítimas. El gran acierto de situar al daño en el centro del estudio de aquello que ocupa a quienes les interesa saber cómo responde y cómo debe hacerlo el sistema de justicia penal a lo que daña a otro, es que sitúa, a su vez, a la praxis político criminal en el centro de la relación entre derecho penal y criminología. Al obligar al derecho penal a argumentar sobre el daño sitúa su papel fundamental en la crítica política criminal, en la determinación de qué es aquello que merece una respuesta punitiva determinada y porqué. Al obligar a la criminología a que valore si algo es lesivo, merezca o no merezca una respuesta del sistema de control penal formal, sitúa a esta ciencia esencialmente empírica en el camino de identificar aquello que, normativamente, puede merecer una respuesta determinada o más bien no hacerlo. Hablar el lenguaje del daño es hablar el lenguaje de la política criminal. Desde hace mucho tiempo creo que tenía razón Von Liszt cuando situaba en el centro de las disciplinas del conocimiento relacionadas con el delito (y el daño) a la política criminal. Hablar de daño, obligarnos a discutir sobre ellos, exigirnos medirlos, cuantificarlos y valorarlos, nos ayuda a comprender que nuestras disciplinas, criminología y derecho penal, ganan fuerza cuando se unen y orientan hacia la política criminal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBERTSON, K.: y FOX, Chris, *Crime and Economics: An Introduction*. Willan, 1.ª ed, London, 2011, pp. 121 y ss.

AMBOS, K.: «The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the *Harm principle*s». *Criminal Law and Philosophy,* Vol 9, 2013, pp. 301-329. https://doi.org/10.1007/s11572-013-9266-1.

ASHWORTH, A. y HORDER, J.: *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 7.ª ed, Oxford, 2013, p. 28.

BARATTA, A.: *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, traducción de Álvaro Bünstner, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 87

BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*. Tirant Lo Blanch, 1.ª ed.: Valencia, 2013.: pp. 338

BRADLEY, B.: «Doing Away with Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol 85 (2), 2013, pp. 390-412. https://doi.org/10.1111/j.1933-1592.2012.00615.x.

BRINK, D. O.: *Mill's Progressive Principles*. Oxford University Press, Edición Online, 2013, Oxford. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199672141.001.0001.

Bonger, W. A.: *Criminality and Economic Conditions*, The University of London Press, 1932

Chalfin, A.: «Economic Costs of Crime, Jennings*, W. G. (Ed.), The Encyclopedia of Crime and Punishment, Wiley Blackwell,* Nueva Jersey, 2013, pp. 1-12.

Clark, F. H.: «The seriousness of offenses as judged by offenders and by students of sociology». *Journal of Criminal Law and Criminology Vol.* 12 (2), 1922, pp. 263-74.

Cohen, M. A.: *The Costs of Crime and Justice*, Routledge, 2.ª edición, 2020.

— «Pain, suffering, and jury awards: A study of the cost of crime to victims». *Law & Society Review* Vol. 22 (3), 1988, pp. 537-55. https://doi.org/10.2307/3053629.

— «A Note on the Cost of Crime to Victims», *Urban Studies* Vol. 27 (1), 1990, pp. 139-46. https://doi.org/10.1080/00420989020080081

Cohen, M. A.: y Bowles, R.: «Estimating Costs of Crime», en Piquero, A. y Weisburd, D. (Eds.) *Handbook of Quantitative Criminology*, Springer, Nueva York, 2009. pp. 143-62. https://doi.org/10.1007/978-0-387-77650-7_8.

Copson, L. 2018. «Beyond "Criminology vs. Zemiology": Reconciling Crime with Social Harm», en Boukli, A. y Kotzé, J. (Eds.), Palgrave Macmillan Cham, 1st ed.: pp. 33-56. https://doi.org/10.1007/978-3-319-76312-5_3.

Cullen, F. T.: Lero Jonson, C. y S. Nagin, Da, «Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science», *The Prison Journal Vol* 91 (3), 2011, pp. 48-65. https://doi.org/10.1177/0032885511415224.

Dan-Cohen, M.: «Basic Values and the Victim's State of Mind», The *Morality of Criminal Law: A Symposium in Honor of Professor Sandy Kadish*, *California Law Review* Vol. 88 (3), 2000, pp. 759-778. https://doi.org/10.2139/ssrn.207028

De Fine Licht, K. y Folland, A.: «Defining 'Social Sustainability': Towards a Sustainable Solution to the Conceptual Confusion», *Etikk i praksis – Nordic Journal of Applied Ethics*, Vol. 13, n.º 2, 2019, pp. 21-39.

De Haan, W.: *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*, Routledge, 2024, pp. 236.

Delmas-Marty, M.: *Modelos actuales de política criminal*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1986.

Díez Ripollés, J. L.: «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales. La contribución de v. Liszt». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* Vol. 20 (12), 2018, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6664138.

— «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* Vol. 23 (2), 2021, ISSN-e 1695-0194. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7911316.

— «El modelo político-criminal de la inclusión social». *Boletín criminológico,* Vol 30 (230), 2024, pp. 1-44. https://doi.org/10.24310/bc.30.2024.20676

— *Delitos Y Penas En España*, Catarata, 1.ª ed.: Madrid, 2015, pp. 220.

Dolan, P.: Loomes, G.: Peasgood, T.: & Tsuchiya, A.: «Estimating the intangible victims' costs of violent crime», *The British Journal of Criminology*, bol. 47, 2007, pp. 121 y ss.

Domínguez, P. y Raphael, S.: «The Role of the Cost-of-Crime Literature in Bridging the Gap Between Social Science Research and Policy Making», *Criminology & Public Policy* Vol.14 (4), 2015, pp. 589-632. https://doi.org/10.1111/1745-9133.12148.

Donini, M.: «La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método: raíces nacionales y desarrollos supranacionales», *Nuevo Foro Penal* Vol. 7 (77), 2011, pp. 43-83.

Doyal, L. y Gough, I.: *A Theory of Human Need*, Red Globe Press, 1.ª ed.: Londres, 1991, pp. 8-9 https://doi.org/10.1007/978-1-349-21500-3.

Duff, R. A. y Marshall, S. E.: «"Abstract Endangerment", Two *Harm principle*s, and Two Routes to Criminalisation», *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* Vol 3 (2), 2015, pp. 132-61. https://doi.org/10.15845/bjclcj.v3i2.905.

Dussich, J. P. J.: «The Evolution of International Victimology and Its Current Status in the World Today», *Revista de Victimología*, n.º 1, 2015, pp. 37-81.

Edwards, J.: «*Harm principle*s», *Legal Theory* Vol. 20 (4), 2014, pp. 253-85. https://doi.org/10.1017/S135232521500004X.

Edwards, T.: P.: Retributivists! The *Harm principle* is Not for You! *Ethics*, vol. 124, n.º 2, 2014, pp. 272-298.

Eisner, M. H.: «Modernización, autocontrol y violencia interpersonal: ensayo de una teoría de la civilización violenta», *European Journal on Criminal Policy and Research* Vol. 3(2), 1995, pp. 27-43.

Feinberg, J.: *Harm to Others: 1*, Oxford University Press, Nueva York, 1987, pp. 33 y ss.

Ferrajoli, L. 2012. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trota Editorial, 10.ª ed, 2018, pp. 1024.

Fletcher, G. P.: *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International: Volume One: Foundations*. Oxford University Press, 2007.

Folland, A.: «The *Harm principle* and the Nature of Harm», *Utilitas* Vol. 34 (2), 2022, pp. 139-53. https://doi.org/10.1017/S0953820821000352.

Fornasari, G.: «Viejas conquistas y nuevas fronteras del principio de ofensividad en la experiencia penalista italiana.», *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 73, 2018. https://doi.org/10.22370/rcs.2018.73.2261.

Foucault, M.: *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Vintage Books, 1977.

García-Pablos de Molina, A.: *Criminología una Introducción a sus Fundamentos Teóricos,* Tirant lo Blanch, 8a Edición, Valencia, 2016.

— *Introducción al derecho penal,* Editorial Universitaria Ramón Areces, 4a ed.: Madrid, 2006.

— *Tratado de Criminología*, Tirant Lo Blanch, 5a ed.: 2014, pp. 29 y ss.

Gardner, J.: *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007.

GARDNER, J. y SHUTE, S.: «The Wrongness of Rape», en Horder, Jeremy (Ed.) *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, pp. 201-32. https://doi.org/10.1093/acprof: oso/9780199239351.003.0001.

GARRIDO GENOVÉS, V.: STANGELAND, P. y REDONDO, S.: *Principios de Criminología*, Tirant Lo Blanch, 4.ª ed.: Valencia, 2013, p. 47.

GIBNEY, Ed y WYATT, T.: 2021. «Rebuilding the *Harm principle*: Using an Evolutionary Perspective to Provide a New Foundation for Justice», Davies, Pamela, Leighton, Paul Y Wyatt, Tanya (Eds.) *The Palgrave Handbook of Social Harm*, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 349-76. https://doi.org/10.1007/978-3-030-72408-5_14.

GÓMEZ POMAR, F.: «Damages for Pain and Suffering», InDret, n.º 1, 2000.

GORING, C. B.: *The English Convict; a Statistical Study*. 1.ª ed. His Majesty's Stationery Office (H. M. S. O.), 1913. http://archive.org/details/englishconvictst00goriuoft.

GREEN, P. y WARD, T.: *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. Pluto Press, 2004. https://doi.org/10.2307/j.ctt18fs3bm.

GREENFIELD, V. A. y PAOLI, Letizia, «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *The British Journal of Criminology* Vol. 53 (5), 2013, pp. 864-85. https://doi.org/10.1093/bjc/azt018.

— *Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy,* Oxford University Press, 1.ª edición, 2022, pp. 368.

HARCOURT, B.: «The Collapse of the *Harm principle*», *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 90 (1), 1999, pp.109.

HEEKS, M.: REED, S.: TAFSIRI, M. y PRINCE, S.: «The Economic and Social Costs of Crime Second Edition», *Home Office Research Report*, 2018. https://www.gov.uk/government/publications/the-economic-and-social-costs-of-crime.

HEFENDEHL, R. (Coord.), La *Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016.

HENRY, S. y MILOVANOVIC, D.: *Constitutive Criminology: Beyond Postmodernism*. SAGE Publications, 1a ed.: 1996.

HILLYARD, P. y TOMBS, S.: *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*. Pluto Press, Londres, 2004.

— «From "crime" to social harm?», *Crime, Law and Social Change* Vol. 48, 2007, pp. 9-25. https://doi.org/10.1007/s10611-007-9079-z.

HINDELANG, M. J.: HIRSCHI, T. y WEIS, J. G.: *Measuring Delinquency*. SAGE Publications, 1a ed, 1981.

HOLTUG, N.: «The *Harm principle*», *Ethical Theory and Moral Practice* Vol. 5 (4), 2022, pp. 357-89. https://doi.org/10.1023/A:1021328520077.

HUGHES, G.: «Book Review: Beyond Criminology: Taking Harm Seriously», Social *& Legal Studies* Vol. 15 (1), 2006, pp. 157-59. https://doi.org/10.1177/096466390601500113.

Hulsman, L. H. C.: «Critical Criminology and the Concept of Crime». *Contemporary Crises* Vol. 10 (1), 1986, pp. 63-80. https://doi.org/10.1007/BF00728496.

Husak, D.: *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, 2008, p. 71. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195328714.001.0001.

Jakobs, G.: Jakobs, G.: «¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», en Maier, J. B. Y Córdoba, G. E. (Eds.), ¿Tiene un futuro el Derecho Penal?, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 68-69.

Jareborg, N. 1995 «What Kind of Criminal Law Do We Want?», Snare, A. (Ed.) *Beware of Punishment* Vol. 14, Scandinavian Studies in Criminology, 1995, pp. 17-36. https://doi.org/10.18261/8253017766-02.

Jellinek, G.: *Teoría general del estado*, Fondo Cultura Económica, 1.ª edición, 2000.

Jescheck, H.-H.: Olmedo Cardenete, M. D. y Weigend, T.: *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Marcial Pons, 5.ª ed, Granada, 2003.

Jiménez, E. B.: *Curso de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, 3.ª edición, 2021.

Jonas, M.: «Assessing Baselines for Identifying Harm: Tricky Cases and Childhood», *Res Publica Vol.* 22, 2016, pp. 387-404. https://doi.org/10.1007/s11158-015-9293-y.

Kahlo, M. 2016. «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», Hefendehl, Roland (Coord.), La *Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016.

Klocksiem, J.: «A Defense of the Counterfactual Comparative Account of Harm», *American Philosophical Quarterly* Vol. 49 (4), 2012, pp. 285-300.

Köhler, M.: Strafrecht*: Allgemeiner Teil*. Springer, 1997.

Kotzé, J.: «Criminology or Zemiology? Yes, Please! On the Refusal of Choice Between False Alternatives», en Boukli, Avi Y Kotzé, Justin *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 85-106. https://doi.org/10.1007/978-3-319-76312-5_5.

Kramer, R. C. y Michalowski, R. J.: «War, Aggression and State Crime: A Criminological Analysis of the Invasion and Occupation of Iraq». *The British Journal of Criminology* Vol. 45 (4), 2005, 446-69. https://doi.org/10.1093/bjc/azi032.

Lacey, N. y Zedner, L.: «Criminalization: Historical, Legal, and Criminological Perspectives, en Liebling, Alison, Maruna, Shadd Y Mcara, Leslie (Eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2023, pp. 53-74. https://doi.org/10.1093/he/9780198860914.003.0002

Lahti, R.: «Redefining the area of criminal behavior: offences against the person», en Lahti, R.: *Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice: Nordic Essays on Criminal Law, Criminology and Criminal Policy* 1972-2020, Helsinki, 2021, p. 74.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de derecho público* n.º 5, 1998, pp. 159-90.

LAUDAN, L.: *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*. University of California Press, 1978.

LEVI, M.: «Assessing the Trends, Scale and Nature of Economic Cybercrimes: Overview and Issues», *Crime, Law and Social Change* Vol. 67 (1), 2017, pp. 3-20. https://doi.org/10.1007/s10611-016-9645-3.

LOADER, I. y SPARKS, R.: Public *Criminology?* Routledge, 1a Edición, 2010, pp. 208.

LOOMES, G.: PEASGOOD, T.: TSUCHIYA, A. y DOLAN, P.: «Estimating the Intangible Victim Costs of Violent Crime», *The British Journal of Criminology Vol.* 45 (6), 2005, pp. 958-76. https://doi.org/10.1093/bjc/azi029.

MACCORMICK, N. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford University Press, 1982. https://doi.org/10.1093/acprof: oso/9780198255024.001.000

MACKIE, J. L.: *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, Nueva York, 1977.

MAÑALICH RAFFO, J. P.: «El principialismo político-criminal como fetiche», Revista *de estudios de la justicia* n.º 29, 2018, pp. 59-71.

MENDELSOHN, B.: «New Bio-Psycho-Social Horizons: Victimology», *State Hospital «Coltzea»*, Bucharest, Romania, 1947.

MICHALOWSKI, R. J. y KRAMER, R. C.: *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. Rutgers University Press, London, 2006.

MILL, J. S.: On *Liberty*, Createspace Independent Publishing, 2018, pp. 91 y ss.

MILLER, T.: COHEN, M. Y WIERSEMA, B.: «Crime in the United States: Victim costs and consequences», *Journal of Quantitative Criminology* Vol. 11 (2), 1996.

MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, 10a ed. Barcelona, 2015, p. 55.

MIRO 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* Vol. 17-23, 2015, pp. 1-23.

MIRO LLINARES, F.: «Derecho penal y moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart», en Bacigalupo Saggese, Silvina, Feijoó Sánchez, Bernardo José, Echano Basaldua, Juan Ignacio (Coords.) Estudios *de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

— «La función de la pena ante «el paso empírico» del derecho penal», *Revista General de Derecho Penal* n.º 27(6), 2017.

— «Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho penal», en GONZÁLEZ CUSAAC, J. L. (Dir.) y LEÓN ALAPONT, J. (Ed.) *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo,* Tirant lo Blanch*, 2020, pp. 599-620.*

Miro Llinares, F.: *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Tirant Lo Blanch, 1.ª Edición, Valencia, 2022.

— «¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?», en Muñoz Sánchez, J.: Corral Maraver, N.: García Magna, D.: Pérez Jimenez, F.: Prado, Bertha (Eds.), Cerezo Domínguez, A. I.: García Pérez, O.: Rando Caserme, P. (Dirs.) *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis, Tirant lo Blanch,* 2a ed.: 2023, pp. 693-705.

Miró Llinares, F. y Gómez Bellvís, A.: «Aproximación a la política criminal y las instituciones del control del delito en España», *Instituciones de control del delito*, Dykinson, 2022, pp. 19-41.

Muncie, J.: «Decriminalizing Criminology», en Lewis, Gail, Gewirtz, Sharon, Clark, John H. (Eds.) *Rethinking Social Policy*, SAGE Publications, 2000, pp. 217-28.

O'malley, P.: «Justice without crime and punishment? Security, harm and compensation in a neoliberal world», en Carlen, Pat, Ayres Franca, Leandro (Eds.) *Justice Alternatives*, Routledge, 2019.

Paoli, L. y Greenfield, V.: «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 23, 2015, pp. 87-100. https://doi.org/10.1163/15718174-23022062.

— «Harm: A Substitute for Crime or Central to It?», Boukli, A. y Kotzé, J. *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 57-84. https://doi.org/10.1007/978-3-319-76312-5_4.

— «Harm: a Neglected Concept in Criminology, a Necessary Benchmark for Crime-Control Policy», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 21, 2013, pp. 359-77. https://doi.org/10.1163/15718174-21042034

Paoli, L.: Greenfield, V. A. y Zoutendijk, A.: «The Harms of Cocaine Trafficking: Applying a New Framework for Assessment», *Journal of Drug Issues* Vol. 43 (4), 2013, pp. 407-36. https://doi.org/10.1177/0022042613475614.

Pariona Arana, R.: «El Derecho penal «moderno». Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales», *Derecho Penal y Criminología* Vol. 27 (82), 2006, pp. 155-74.

Pease, K.: «Judgements of crime seriousness: Some implications for anti-social behaviour and moral panics», en Tonry, Michael Y Morris, Norval *Crime and Justice: A Review of Research* Vol. 10, University of Chicago Press, 1988, pp. 73-120.

Pemberton, S.: «Social Harm Future(s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach», *Crime, Law and Social Change* Vol. 48 (1), 2007, pp. 27-41. https://doi.org/10.1007/s10611-007-9078-0.

— *Harmful Societies: Understanding Social Harm*, 1.ª ed.: Policy Press University of Bristol, Bristol, 2016.

PEPINSKY, H. E.: *The Geometry of Violence and Democracy*, Indiana University Press, Bloomington, 1991.

PERŠAK, N.: *Criminalising Harmful Conduct*, Springer, Nueva York, 2007. https://doi.org/10.1007/0-387-46404-2.

PETERSEN, T. S.: «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the *Harm principle*», *Res Publica* Vol. 20 (2), 2014, pp. 199-214. https://doi.org/10.1007/s11158-013-9235-5.

— *Why Criminalize?: New Perspectives on Normative Principles of Criminalization*, vol. 134, Springer International Publishing, 2020.

RATCLIFFE, J.: «Towards an Index for Harm-Focused Policing», *Policing* Vol. 9, 2014, pp. 164-82. https://doi.org/10.1093/police/pau032.

RAYMEN, T.: *The Enigma of Social Harm: The Problem of Liberalism*, Taylor & Francis, Londres, 2022, p. 233.

RAZ, J.: *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1988, p. 413.

RIZZO, M. J.: «The Effect of Crime on Residential Rents and Property Values», *The American Economist* Vol. 23 (1), 1979, pp. 16-21. https://doi.org/10.1177/056943457902300103.

ROBLES PLANAS, R.: *Estudios de dogmática jurídico-penal - fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*. Editorial B de f.: Montevideo, Buenos Aires, 2014.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D.: Comportamiento *humano y Derecho penal: un estudio sobre la teoría de la prevención*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

ROMAN, C. G.: ROMAN, J. K.: WASHBURN, A.: BREY, J. T.: NAVARRO, E. I.: RODRIGUEZ, S.: REIST, B. M.: KO, PINGJUI, COLLINS, K. y AARON AND TRUCHIL, «The Cost of Crime: The Haven Conceptual Framework for Measuring Victim Harms from Violence», *Justice Quarterly* Vol. 41 (7), 2024, pp. 1156-1188. https://doi.org/10.1080/07418825.2025.2456182.

ROSSI, P. H.: WAITE, E.: BOSE, Christine E. y BERK, Richard E.: «The Seriousness of Crimes: Normative Structure and Individual Differences», American *Sociological Review* Vol. 39 (2), pp. 224-37. https://doi.org/10.2307/2094234.

ROXIN, C.: «El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual», en Maier, Julio B. Y Córdoba, Gabriela E. (Eds.) *¿Tiene un futuro el Derecho penal?, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp.* 73-90.

RUDOLPHI, Hans Joachim. 1975. «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo Pensamiento Penal* Año IV Vol. 5(8), 1975, pp. 330-45.

RUITENBURG, T. Van y RUITER, S.: «The adoption of a crime harm index: A scoping literature review», *Police Practice and Research* Vol. 24 (4), 2023, pp. 423-45. https://doi.org/10.1080/15614263.2022.2125873.

RUSCA, B.: «En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño», *Política criminal* Vol. 15 (30), 2020, pp. 811-39. https://doi.org/10.4067/S0718-33992020000200811.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P.: *Fundamentos de Política criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 278.

Savona, E. U. y Vettori, B.: «Evaluating the Cost of Organised Crime from a Comparative Perspective», *European Journal on Criminal Policy and Research* Vol. 15 (4), 2009, pp. 379-93. https://doi.org/10.1007/s10610-009-9111-1.

Scanlon, T.: 1998. *What We Owe to Each Other*. Harvard University Press, 1998, pp. 423. https://doi.org/10.2307/j.ctv134vmrn.

Schonsheck, J.: *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of Criminal Law*, Springer Science & Business Media, 1994.

Schwendinger, H. y Schwendinger, J- R.: «Defenders of Order or Guardians of Human Rights», *Issues in Criminology Vol 5 (2)*, 1970, pp. 123-157.

Seelmann, K. 2007. «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena», en Hefendehl, Roland (Coord.), Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María E Ortiz De Urbina Gimeno, Íñigo (Eds.), La *Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016.

Seher, G. 2007. «La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico», en Hefendehl, R. (Coord.), Alcácer Guirao, R.: Martín Lorenzo, M. e Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (Eds.) La *Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016, pp. 69 y ss.

Sellin, T. 1938. «Culture conflict and crime», *American Journal of Sociology* Vol. 44, 1938, pp. 97-103. https://doi.org/10.1086/217919.

Sellin, T. y Wolfgang, M. E.: *The Measurement of Delinquency*, Wiley, New York, 1964.

Sen, A.: *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2009. https://doi.org/10.2307/j.ctvjnrv7n.

Serrano Maíllo, A..*Introducción a la Criminología*, Dynkinson, Madrid, 2009, pp. 26 y ss.

— «The Rise of Evidence-Based Policing: Targeting, Testing, and Tracking», *Crime and Justice* Vol. 42, 2013, pp. 377-451. https://doi.org/10.1086/670819.

— «The Power Few: Experimental Criminology and the Reduction of Harm», *Journal of Experimental Criminology* Vol. 3 (4), 2007, pp. 299-321. https://doi.org/10.1007/s11292-007-9044-y.

Sherman, L. W.: William Neyroud, P. y Neyroud, E.: The Cambridge Crime Harm Index: Measuring total harm from crime based on sentencing guidelines.: *Policing: A Journal of Policy and Practice Vol. 10(3), 2016, pp. 17-183. https://doi.org/10.1093/police/paw003*

Silva Sánchez, J. M.: Derecho *penal. Parte General*, Civitas, 1.ª Edición, Madrid, 2025.

— Tiempos *de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía, Edisofer,* Madrid, 2009.

SIMESTER, A. P. y VON HIRSCH, A.: Crimes*, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford, Reino Unido, 2014, pp. 231.

SOLIMAN, F.: Social *Harm at the Border: The Case of Lampedusa*, Routledge, Londres, 2023, pp. 262. https://doi.org/10.4324/9781003348177.

SOOD, A. M. y DARLEY, J. M.: «The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals», California *Law Review* Vol. 100 (5), 2012, pp. 1313-58.

STANTON-IFE, J.: «What is the *Harm principle* For», *Criminal Law and Philosophy* Vol. 10 (2), 2016, pp. 329-53. https://doi.org/10.1007/s11572-014-9311-8.

— «The Limits of Law», ZALTA, Edward N. (Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2022.

STEINERT, H.: «Beyond Crime and Punishment», *Contemporary Crises* Vol. 10 (1), 1986, pp. 21-38. https://doi.org/10.1007/BF00728494.

STRATENWERTH, G.: *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Civitas, Madrid, 2005.

SUTHERLAND, E. H.: «White-collar criminality», *American Sociological Review* Vol. 5, 1940, pp. 1-12. https://doi.org/10.2307/2083937.

— *White Collar Crime*. Dryden Press, 1949.

— *Principles of Criminology*, Lippincott, 1955.

VAN SWAANINGEN, R. y TAYLOR, I.: «Rethinking Critical Criminology - A Panel Discussion», Crime*, Law and Social Change: An Interdisciplinary Journal* Vol. 21 (2), 1994, pp. 183-90. https://doi.org/10.1007/BF01307911.

SWEETEN, G.: «Scaling Criminal Offending», *Journal of Quantitative Criminology* Vol. 28 (3), 2012, pp. 533-57. https://doi.org/10.1007/s10940-011-9160-8.

SWEETING, D.: «Developing a Crime Severity Score for England and Wales using data on crimes recorded by the police», Office for National Statistics (ONS), 2016, https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/articles/researchoutputsdevelopingacrimeseverityscoreforenglandandwalesusingdataoncrimesrecordedbythepolice/2016-11-29.

TADROS, V.: *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*. Oxford University Press, 2011.

TAVARES JUÁREZ, E. X.: *Teoría del injusto penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 384.

THALER, R.: «A note on the value of crime control: Evidence from the property market», *Journal of Urban Economics* Vol. 5 (1), 1978, pp. 137-45. https://doi.org/10.1016/0094-1190(78)90042-6.

THURSTONE, L. L.: «A law of comparative judgment», *Psychological Review* Vol. 34 (4), 1927, pp. 273-86. https://doi.org/10.1037/h0070288.

TIFFT, L.: 1995. «Social Harm Definitions of Crime», The *Critical Criminologist* Vol. 7 (1), 1995, pp. 9-13.

TRUCCONE BORGOGNO, S.: «A concept of harm and its consequences for Criminal law's general part». *Política criminal*, 2017, vol. 12, p. 1184-1210.

Turienzo Fernández, A.: 2022. «El daño social como consecuencia del delito y su importancia político-criminal». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2.

Vila Viñas, D.: «Recensión del libro de Victoria Canning y Steve Tombs, From social harm to zemiology. A critical introduction», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 23(3), 2021.

Von Hefendehl, R.: *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, pp. 37-52.White, R.: *Environmental harm: An eco-justice perspective*, Policy Press, 2014, pp. 216.

Von Kirchmann, J.: *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Julius Springer, Berlín, 1848. http://sammlungen.ub.uni-frankfurt.de/1848/2177925.

Von Liszt, F.: *Tratado de derecho penal,* T. I y II, 3.ª ed, 1927, 1929, Madrid: Reus.

Wickramasekera, P.: Raymer, G.: M. y Phil Smith, P.: «The economic cost of serious crime in Australia», Journal *of Criminology* Vol. 48 (4), 2015, pp. 327-45.

Wolfgang, M.; Figlio, R. M. y Sellin, T.: *Delinquency in a Birth Cohort*. Studies in Crime and Justice, University of Chicago Press, Chicago, 1987.

Wolfgang, M.; Figlio, R. M.; Tracy, P. E. y Singer, Simon I.: *The National Survey of Crime Severity*. U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1987.

Wolfgang, M. E. y Sellin, Thorsten, *The Measurement of Delinquency*, John Wiley & Sons, 1964, pp. 423.

Yar, M.. «Recognition as the Grounds of a General Theory of Crime as Social Harm?», O'neill, Shane y Smith, Nicholas H.: Recognition *Theory as Social Research: Investigating the Dynamics of Social Conflict*, Palgrave Macmillan UK, Londres, 2012, PP. 109-26. https://doi.org/10.1057/9781137262929_6.

Young, J.: «Radical Criminology in Britain: The Emergence of a Competing Paradigm», *The British Journal of Criminology* Vol. 28 (2), 1988, pp. 159-83.

Zedner, L.: «Putting Crime Back on the Criminological Agenda», Bosworth, M. y Hoyle, C. (Eds.) What is Criminology?, Oxford University Press, 2012.

Zipf, H.: *Introducción a la política criminal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

El delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral

FRANCISCO SALVADOR DE LA FUENTE CARDONA
Profesor Ayudante Doctor. Universidad Complutense de Madrid (1)

RESUMEN

El delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral es el delito electoral con más incidencia ante nuestros tribunales. Se trata de un delito de omisión pura que protege la democracia parlamentaria, la formación de la voluntad popular. En este trabajo se analizan las cuatro modalidades delictivas en que se concreta, ya que presentan algunos interrogantes exegéticos que es necesario contestar. Asimismo, se analizan las excusas que permiten al ciudadano sustraerse a dicho deber cívico, mostrándonos críticos con la inclusión por la Junta Electoral Central de una suerte de objeción de conciencia electoral por motivos religiosos que nuestros tribunales venían rechazando. En último término, se abordan otras cuestiones con trascendencia práctica como los condicionantes culturales, la atenuante de dilaciones indebidas y la discutida naturaleza de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Palabras clave: *delito electoral, mesa electoral, abandono, notificación, objeción de conciencia.*

---

(1) Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto «*Más allá del delito: la importancia del quién, el cómo, el cuándo y el porqué en la imposición del castigo. Un estudio sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad*» (SI4/PJI/2024-00146), dirigido por Marina Mínguez Rosique y Leopoldo Puente Rodríguez y financiado por la Comunidad de Madrid dentro de los Proyectos de I+D para doctores emergentes de la Universidad Autónoma de Madrid 2024; asimismo, es uno de los resultados del *Grupo UCM de investigación en delincuencia de cuello blanco y corrupción* (971002), cuyos directores son Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Manuel Maroto Calatayud. Orcid: 0009-0008-4443-4368.

ABSTRACT

The crime of leaving or failing to attend a polling station is the electoral criminal offence with the highest incidence in our courts. It is a crime of pure omission that protects parliamentary democracy, the formation of the will of the people. This paper analyses the four different types of offence in which it takes shape, as they raise some exegetical questions that need to be answered. It also discusses the excuses that allow citizens to abstain from this civic duty, criticising the inclusion by the Central Electoral Board of a kind of electoral conscientious objection on religious grounds that our courts had been rejecting. Finally, other issues of practical importance are addressed, such as cultural conditioning factors, the mitigating circumstance of unjustified delays and the controversial nature of the penalty of special disqualification from exercising the right of passive suffrage.

Key Words: *Electoral Offence, Polling Station, Abandonment, Notification, Conscientious Objection.*

SUMARIO: I. Consideraciones introductorias.–II. El delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral: modalidades típicas.–III. Los motivos que excluyen la antijuridicidad del incumplimiento. 1. Excusas personales. 2. Excusas por responsabilidades familiares. 3. Excusas por responsabilidades profesionales.–IV. Algunas consideraciones adicionales: condicionantes culturales, atenuación por dilaciones indebidas y naturaleza de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.–VII. Anexo jurisprudencial.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La protección penal de la imparcialidad y la integridad de las elecciones se remonta en nuestro país a mediados del siglo XIX, cuando tuvo lugar la aprobación de la denominada *Ley de delitos electorales* de 1864 (2). Del mismo modo que la regulación contemporánea, ya entonces se distinguía entre delitos electorales cometidos por funcionarios públicos y delitos electorales cometidos por particulares. El delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral, tal y como lo concebimos hoy en día, no estaba previsto en la normativa originaria, que se centraba en la sanción de los abusos y fraudes electorales, aunque el papel singular del presidente de mesa electoral ya hizo que el

(2) En profundidad, la monografía de MESTRE DELGADO, E., *Los delitos electorales en España (1812-1936)*, Editora Nacional, Madrid, 1976, pp. 189 y ss.

legislador decimonónico recogiera algunas modalidades dirigidas a controlar su labor de mismo (3).

El antecedente del actual delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral se halla en el artículo 62 de la Ley Electoral de 23 de junio de 1907 para diputados a Cortes y concejales (4), que señalaba que «el Presidente y Adjuntos designados por la Junta municipal del Censo para constituir las Mesas electorales, durante el periodo legal de sus cargos, incurrirán en la pena señalada en el artículo 383 del Código penal [multa de 450 a 4.500 pesetas] cuando dejaren de concurrir a desempeñarlos sin causa legítima, que deberán haber puesto oportunamente en conocimiento de la misma Junta» y añade que se entenderá que no se ha dado el aviso previo oportuno «cuando no se hubiese puesto en conocimiento del Presidente de la Junta con una hora, por lo menos, de anticipación al acto a que debieran haber concurrido».

Actualmente, la mesa electoral, como expresa el artículo 8 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG, en adelante), es el órgano que constituye el nivel inferior de la administración electoral. Ante ésta, la misma los electores depositan su voto con las garantías correspondientes y es la mesa la que procede al primer escrutinio, presupuesto para el resto de actos electorales, como la proclamación de los electos.

Las mesas electorales cuentan con un presidente y dos vocales titulares y también se designan dos sustitutos para cada uno de estos cargos. De manera que, si en las elecciones generales se constituyen cerca de 60.000 mesas a lo largo de todo el territorio nacional, dependiendo de los comicios se puede llegar a involucrar en su funcionamiento a más de medio millón de ciudadanos. Los miembros de las mesas se eligen por sorteo y esta tarea representa, en buena medida, un deber de solidaridad general o colaboración al mantenimiento de un sistema democrático imparcial que garantice el derecho de sufragio activo y pasivo constitucionalmente reconocido (5).

---

(3) En este sentido, el artículo 7 apartado segundo castigaba al presidente de la mesa que «maliciosamente deje de nombrar Secretarios para la Mesa interina a los individuos de mayor o menor edad, con arreglo a lo prevenido en el artículo 42 de la ley electoral», y el apartado tercero señalaba que será castigado el presidente de mesa que «claramente negare o indirectamente impidiere a los electores usar del derecho que les concede el párrafo 2.º del artículo 44 de dicha ley». El artículo 44 párrafo 2.º de la Ley electoral de 1864 establecía que «cuando respecto del contenido de alguna o algunas papeletas ocurriere duda a un elector, este tendrá derecho a que se le muestren para verificar por sí mismo la exactitud de la lectura».

(4) Mestre Delgado, E., *Los delitos electorales en España*, p. 193.

(5) Cruz Blanca, M. J., «La protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*,

Aunque la experiencia de las últimas décadas no pone en cuestión la operatividad de este órgano de la administración electoral, sin embargo, sí se suscitan algunas controversias jurídicas asociadas a la participación aleatoria de un número tan ingente de personas. En este sentido, el ordenamiento penal otorga una protección reforzada (y, creemos, legítima) al buen funcionamiento de la mesa electoral porque su cometido es imprescindible para la correcta formación de la voluntad popular.

Las siguientes páginas se ocupan del análisis de la figura delictiva que protege la mesa electoral, esto es, del delito abandono o incumplimiento en esta, con el objetivo de ofrecer una visión de conjunto de la regulación vigente, de los interrogantes que suscita y de la aplicación que vienen haciendo nuestros tribunales (6). Para ello, exponemos 1.º las modalidades del delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral, con sus particularidades; 2.º las razones o motivos que excluyen la antijuridicidad del comportamiento porque hacen decaer el deber de colaboración mencionado; y 3.º algunas cuestiones exegéticas adicionales que conviene analizar porque se suscitan en la práctica.

II. EL DELITO DE ABANDONO O INCUMPLIMIENTO EN MESA ELECTORAL: MODALIDADES TÍPICAS

1. El delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral se regula en el artículo 143 LOREG y castiga con pena de prisión de 3 a 12 meses o multa 6 de 24 meses al Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como a sus respectivos suplentes, que: 1.º no asistan («dejen de concurrir») a las mesas electorales para las que han sido correctamente designados; 2.º no desempeñen (adecuadamente) las funciones que les han sido atribuidas, una vez se han constituido como miembros de la mesa electoral; 3.º las abandonen sin causa legítima, pese a haberse constituido inicialmente como miembros de la mesa electoral o 4.º incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que impone la LOREG ante la Junta Electoral de Zona.

Este delito protege un bien jurídico de naturaleza colectiva, a saber, la democracia representativa como forma de gobierno elegida

---

núm. 15, 2013, p. 14, «los delitos electorales protegen el derecho de sufragio -activo y pasivo- en tanto derecho fundamental del sistema democrático».

(6) Precisamente en cuanto a la aplicación de este delito, y como observará el lector, destaca en su distribución territorial la sobrerrepresentación de pronunciamientos en la provincia de Barcelona.

en el acto constituyente, lo que se suele concretar en la referencia a la pureza, integridad e imparcialidad del proceso electoral y al derecho de sufragio activo y pasivo entendido como «institución» o «como forma de ejercicio de la soberanía popular» (7). Se trata de un bien jurídico colectivo porque es indivisible, no se puede atribuir o distribuir en partes entre los ciudadanos, sino que nos beneficiamos colectivamente de su incolumidad (8).

Podemos afirmar que el delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral es un tipo que, en principio, recoge cuatro modalidades de omisión pura que se configuran como normas penales en blanco, dado que su alcance viene condicionado por su remisión a la normativa electoral, lo que plantea algunas dudas interpretativas.

1.1 La primera cuestión que debemos abordar sobre la configuración del tipo se refiere a la afirmación misma de que estamos ante cuatro modalidades de omisión pura (9). Esta opinión no es unánime

(7) Rodríguez Rodríguez, M., «Los delitos electorales: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 6, 2006, p. 15; Maldonado Fuentes, F., «Delitos cometidos en torno al desarrollo de los procesos electorales: consideraciones sobre sus fundamentos y sistematización», *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3, 2018, pp. 726 y 729, «lo importante radica en que se trate de un proceso o ritualidad cuyos resultados puedan ser considerados, sin mayores objeciones o dudas, como una auténtica expresión de la soberanía popular, teniendo en cuenta que toda afectación en el proceso electoral representa más bien un peligro para el desarrollo de la función electoral y, con ello, de las instituciones democráticas o republicanas asociadas a la representación popular… [el derecho de sufragio] se trata de un derecho estrechamente vinculado –y, en ese sentido, condicionado– al carácter representativo que define la forma como se determina la configuración y concreción (individualizada) de la soberanía popular en la actualidad».

(8) Greco, L., «Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?», en Heinrich, M., *et al.* (Ed.), *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, De Gruyter, Berlín, 2011, p. 203, «un bien jurídico se puede considerar, por tanto, como colectivo, si no puede dividirse en partes que puedan asignarse a individuos por separado».

(9) Algunos autores reclaman, con razón, que se profundice en la distinción entre delito de omisión pura *general* y delito de omisión pura *de garante* que Silva Sánchez, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 344 y ss., formuló hace algún tiempo. A nuestro juicio, el delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral se ha de concebir como un delito de omisión pura general. Es cierto que solo puede ser cometido por los sujetos designados como titulares o suplentes en mesa electoral y que, además de Silva, autores como Estrada i Cuadras, A., «Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 73, 2020, pp. 538-539, inciden en que lo legítimo es imponer deberes generales de solidaridad pareciera que exclusivamente «en relación con bienes jurídicos fundamentales de la persona». Sin embargo, y aunque esta figura protege un bien jurídico colectivo, creemos que lo infringido se aproxima más a este deber general y no a un deber institucional (como las funciones públi-

en la doctrina y colisiona con lo afirmado en algunos pronunciamientos jurisprudenciales (10), por lo que resulta necesario explicar las razones a favor de esta interpretación.

1.1.1 Por un lado, se sostiene en algunos trabajos que no todas las modalidades de abandono o incumplimiento en mesa electoral son omisivas, sino también activas. Así, se ha afirmado expresamente que el abandono de la mesa electoral sin causa legítima entraña «un comportamiento activo» (11).

Este modo de ver las cosas no nos convence. Pensamos que la razón por la que algunos autores sostienen que el precepto contiene una modalidad activa se debe a que el legislador emplea en la redacción verbos típicos como «abandonar» o «no desempeñar», que invitan a pensar en comportamientos activos como tomar la iniciativa de marcharse del colegio electoral o anotar defectuosa e incorrectamente los electores que van ejerciendo el voto.

No obstante, como Gimbernat puso de manifiesto hace ya bastante tiempo, «si bien es cierto que alguna vez el comportamiento pasivo puede coincidir con una absoluta inmovilidad del sujeto [activo], en la práctica totalidad de las ocasiones este estará realizando alguna clase de hacer positivo» (12), por lo que el hecho de que lo más probable sea

---

cas derivadas de la incorporación a un determinado cuerpo profesional del Estado o a los deberes ligados al matrimonio) porque el deber de solidaridad nace en estos casos de modo azaroso (por sorteo) sin más límite entre los destinatarios que la mayoría de edad, por lo que valorativamente se asemeja a un deber intersubjetivo de solidaridad o colaboración al mantenimiento de la forma de gobierno democrática que nos hemos dado.

(10) Entre otras, la SAP Jaén 279/2021, de 20 de octubre, lo tilda de delito en comisión por omisión.

(11) Molina Fernández, F., Guérez Tricarico, P., «Delitos electorales», en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2025, pár. 18169, pareciendo que también entienden como modalidad activa «el incumplimiento de las obligaciones legales del cargo pese a haberse presentado»; en este sentido, Cruz Blanca, M. J., «La corrupción pública en la actividad electoral. Delitos que integran la corrupción pública electoral versus delitos cometidos por particulares contra la actividad pública electoral», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, p. 26, el artículo 143, castiga «tres conductas delictivas –una activa y dos omisivas–». Aunque no señala expresamente cuál es la conducta activa, podría interpretarse que se refiere a la «consistente en dejar de concurrir o desempeñar las funciones a sabiendas de que debe hacerse», ya que la desarrolla en primer lugar y en un párrafo separado.

(12) Gimbernat Ordeig, E., «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 40, 1987, p. 592; en el mismo sentido, Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 16.ª edición, Reppertor, Barcelona, 2015, p. 318, en cuanto a su estructura «los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista –en absoluto es necesaria la pasividad– [...]. Adviértase

la existencia de un hacer positivo alternativo del autor no es óbice para que en nuestra labor hermenéutica lleguemos a la conclusión de que estamos ante un tipo de omisión pura. Del mismo modo que el senderista que se topa en medio del campo con otra persona que agoniza en el suelo por un infarto cardiaco y decide abandonar el lugar sin dar aviso a otras personas o a los servicios sanitarios está incurriendo en una omisión del deber de socorro, y no ponemos en duda que nos encontramos ante la figura de omisión pura o propia por excelencia (13), también el miembro de la mesa electoral que la abandona o no cumple adecuadamente sus cometidos está incurriendo en un «no hacer desvalorado», ya que de acuerdo con los preceptos de la LOREG se esperaba que el sujeto cumpliera una serie de funciones. Que el abandono pueda consistir en «salir» del colegio electoral o que el «no desempeño» adecuado pueda implicar que el ciudadano esté haciendo (activamente) otras cosas, no es un impedimento para interpretar que estamos ante una serie de modalidades típicas de omisión pura o propia (14).

Como recuerda el señalado autor, debemos partir de que la *omisión* es una especie del género *no hacer*, «especie que viene caracterizada por que, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer» (15), es un «no hacer desvalorado» (16). Cuando ese *no hacer* viene desvalorado por una norma penal, podemos afirmar la existencia de un delito de omisión. El acento para calificar así dicha figura delictiva residirá en que se omite lo que se debía. A la luz de este modo de ver las cosas, creemos que como tal se deben entender todas las modalidades del precepto que estamos analizando. Incluso en la modalidad de abandono, si dotamos de mayor peso a la interpretación gramatical, no podemos sustraernos al hecho de que «abandonar» se define en sentido omisivo

---

que el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta activa distinta a la ordenada».

(13) Silva Sánchez, J. M., *El delito de omisión*, p. 344, «caso paradigmático» de omisión pura general.

(14) Creemos que se puede leer en este sentido a Suanzes Pérez, F., «Delitos por abandono o incumplimiento en las mesas electorales», en Faraldo Cabana, P. (Dir.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 233, cuando de forma genérica afirma que «estamos en presencia de un delito de omisión propia, de pura omisión, por incumplimiento de un deber cívico».

(15) Gimbernat Ordeig, E., «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», p. 579.

(16) Gimbernat Ordeig, E., «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», p. 580.

como «dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola» (17). Además, conforme al criterio de interpretación histórico el empleo de este verbo no debe hacernos perder de vista que el legislador ha buscado cubrir cualquier laguna de impunidad ante quien desatiende (omite) el deber cívico (18) previsto en el artículo 27.1 LOREG: «Los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas Electorales son obligatorios».

1.1.2 Por otro lado, no son pocos los autores que actualmente siguen reconduciendo la figura a dos o tres modalidades delictivas, lo que creemos que no está justificado. Es cierto que antes de la reforma operada por Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, la redacción del precepto únicamente permitía diferenciar tres conductas, ya que castigaba a los presidentes, vocales y respectivos suplentes que 1.º «dejen de concurrir *a desempeñar* sus funciones» (cursivas nuestras), 2.º «las abandonen sin causa legítima» o 3.º «incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo». Sin embargo, tras dicha reforma la primera conducta fue deslindada y la redacción actual emplea la siguiente fórmula: «dejen de concurrir *o* desempeñar sus funciones» (cursivas nuestras). El legislador amplía el alcance del precepto con la sustitución de la preposición «a» por la conjunción «o», dado que ahora no solo queda castigado el no acudir a la constitución de la mesa (dejar de concurrir a desempeñar sus funciones), sino también una actitud pasiva o de «brazos caídos» por el miembro de la mesa que decide dejar de desempeñar su deber cívico, aunque permanezca físicamente en el colegio.

Asimismo, y pese a lo afirmado por algunos, tampoco creemos que sea un obstáculo para esta clasificación cuatripartita el hecho de que tales modalidades solo se puedan consumar durante la jornada electoral en cuestión, desde el momento de constitución de la mesa hasta la finalización del recuento (19). Suele ser un lugar común

---

(17) Similar a esta acepción del DRAE es la definición aportada por Morillas Cueas, L., *Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales*, Colección Estudios Penales, Universidad de Granada, Granada, 1977, p. 55, cuando afirma que abandonar es «dejar alguna cosa emprendida ya».

(18) Silva Sánchez, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, p. 830, «todos los sistemas legales contienen deberes positivos generales cuya infracción –una omisión– se castiga con pena. Con frecuencia, estos se pueden construir como deberes propios del estatus de ciudadanía política en sentido estricto», siendo uno de los más importantes en nuestra legislación «el de contribuir a la gestión de los procesos electorales».

(19) Cfr. Jiménez Díaz, M. J., «Delitos electorales», en Cobo del Rosal, M. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XVI*, Edersa, Madrid, 1994, pp. 51-52, «dejar de concurrir a desempeñar las funciones correspondientes sólo es delito cuando no se ha excusado o avisado previamente esta ausencia, y viceversa, no cum-

entender que el tipo objetivo del delito de omisión pura está integrado por (i) la situación típica, (ii) la ausencia de una acción determinada y (iii) la capacidad de realizar esa acción (20). El inicio de la jornada electoral no es más que un elemento objetivo del tipo, la situación típica, como la situación de desamparo en la omisión del deber de socorro, que ha de concurrir en todas las modalidades, de modo que no advertimos obstáculo alguno para interpretar que se trata de cuatro proyecciones autónomas del incumplimiento del señalado deber. El análisis de la práctica jurisprudencial respalda esta interpretación, aunque, como veremos más adelante, permite extraer algunos matices a tal delimitación. En este sentido parece pronunciarse la STS 1003/2010, de 18 de noviembre, cuando resalta en cursiva los cuatro comportamientos omisivos subsumibles en el artículo 143 LOREG: «la conducta típica consiste en *no concurrir* el día y hora indicado para la constitución de la mesa, *concurrir pero no cumplir las obligaciones* que el cargo exige o *concurrir, cumplir inicialmente las obligaciones pero abandonarlas* y, finalmente, *incumplir la obligación de excusa o aviso previo*, cuando el sujeto conozca que no va a cumplir alguna de esas obligaciones».

1.1.3 Otra de las cuestiones controvertidas en relación con la interpretación del abandono o incumplimiento en la mesa electoral es si nos encontramos ante un delito de resultado (en comisión por omisión) o si se puede equiparar a un delito de mera (in)actividad. Algunos autores como Maza Martín afirman que «para la existencia del delito es siempre necesario que la conducta del infractor suponga efectivamente un *grave quebranto para el desarrollo del proceso electoral*» (21) (cursivas nuestras), lo que parece exigir un resultado adicional a la exclusiva omisión del deber cívico.

A nuestro juicio, esta interpretación del precepto contraviene su sentido literal, dado que nuestro legislador castiga la mera omisión del

---

plir las obligaciones de excusa o aviso sólo es delito cuando, tras ese silencio, no se acude a la mesa el día de celebración de las elecciones […] hay que criticar la redacción de este artículo 143, ya que el mismo induce a confusión. Hace pensar que son tres las conductas típicas en él descritas, cuando en realidad sólo hay dos»; se adhiere a este punto de vista Suanzes Pérez, F., «Delitos por abandono o incumplimiento en las mesas electorales», p. 232, «lo que a primera vista parecen tres conductas son en realidad dos: dejar de concurrir y abandonar; pero en ambos casos si el sujeto no se ha excusado o avisado previamente»; Medina Morales, D., «Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (recursos administrativos y judiciales)», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 3, 2000, p. 684.

(20) Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, p. 325.

(21) Maza Martín, J. M., *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 116, con cita a una ponencia de Ríos Pintado.

deber atribuido, sin hacer alusión alguna a la buena marcha del procedimiento electoral (22). De otro modo, la consumación del tipo dependería del comportamiento de terceros, como la presencia de suplentes o la concurrencia de otros ciudadanos desde el momento de constitución de la mesa que estén dispuestos a formar parte de esta, a lo que no alude el legislador ni en la letra del precepto ni en el preámbulo. Quizás se podría pensar que este precepto tipifica expresamente una modalidad omisiva impropia o en comisión por omisión, opción por la que parece optar excepcionalmente nuestro legislador en figuras como las torturas del artículo 176 CP (23), pero, como decimos, lo descartamos porque ningún elemento objetivo del tipo alude a esa hipotética alteración o quebranto del procedimiento electoral (24).

Así, el abandono o incumplimiento en mesa electoral no es un delito de lesión, ni tampoco de puesta en peligro concreto. Tampoco creemos que se pueda concebir como un delito de peligro abstracto, porque estadísticamente las máximas de la experiencia no nos indican que un incumplimiento aislado de este deber vaya a menoscabar el proceso electoral, dado que el sistema de suplencias opera con efectividad. A nuestro juicio, el legislador castiga a quien no comparece a la constitución de la mesa o a quien la abandona o incumple tales funciones sin causa justificada porque teme que la acumulación de muchos com-

(22) En este sentido, la SAP Jaén 38/2020, de 29 de enero, cuando afirma que estamos «ante un delito de simple actividad, que se consuma cuando el ciudadano que ha sido designado para formar parte de una Mesa Electoral, deja de concurrir al llamamiento sin aducir justificación suficiente, con independencia de que la Mesa se constituya y desempeñe sus actividades con normalidad».

(23) Cfr. Sobre el debate de si se trata de un delito de omisión pura de garante o de un delito en comisión por omisión, Manjón Cabeza-Olmeda, A., «Torturas: otros delitos contra la integridad moral», en Álvarez García, F. J. (Dir.), *Tratado de Derecho penal español: Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 4.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 914-915.

(24) En este sentido y con referencia a lo señalado en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, Álvarez Vinagre, R., *et. al., Memento experto: delitos cometidos por funcionarios públicos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 318, en relación a la modalidad de no acudir a desempeñar las funciones el día de las elecciones, apunta que «el delito se consuma por el mero hecho de no acudir, con independencia del resultado de la citada conducta, que normalmente supondrá que se active el régimen de suplencias…, sin necesidad de implicar una perturbación efectiva del acto de votación»; Arnaldo Alcubilla, E., Delgado-Iribarren García-Campero, M., *Código electoral*, 10.ª edición, La Ley, Madrid, 2023, p. 1031, «no es un delito de resultado. Es un delito de omisión propia, o de pura omisión»; Suanzes Pérez, F., «Delitos por abandono o incumplimiento en las mesas electorales», p. 234, «no estamos ante un delito de resultado que exija el perjuicio efectivo del procedimiento electoral, antes bien, es un delito de mera inactividad constituido por la mera omisión de los deberes descritos, con la que se pone en peligro la normal constitución de [la] unidad administrativo-electoral básica, como es la mesa».

portamientos de este tipo pueda menoscabar la integridad de la convocatoria electoral y, por consiguiente, alterar la formación de la voluntad popular. Estamos ante un *delito de acumulación* (25): del mismo modo que se sancionan determinados comportamientos contaminantes, aunque el ecosistema afectado tenga capacidad para regenerarse, porque su acumulación excesiva podría deteriorarlo definitivamente, algo similar sucede con el proceso electoral. Aunque existe un sistema de suplencias que salvaguarda el incumplimiento del deber cívico por un ciudadano, el legislador, con razón, teme que se generalicen estos incumplimientos y se termine afectando a la buena marcha del proceso que determina la formación de la voluntad popular.

1.2 Una vez hemos abordado estas cuestiones introductorias, nos aproximamos a los elementos objetivos del tipo que caracterizan cada una de las modalidades del delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral (26), siendo común a todas que el elemento subjetivo del tipo es doloso, sin la exigencia de ninguna clase de ánimo específico (27). La exposición no sigue el orden en el que tales moda-

(25) Se puede leer en este sentido la STS 1231/1997, de 6 de octubre, «si se extendiese la conducta de la acusada de incumplimiento de sus obligaciones legales, bajo el pretexto de un deber de conciencia, trocaría en letra muerta el régimen electoral, el sistema de partidos y la misma democracia al extenderse la comodidad personal y el abandono de las cargas públicas so pretexto de una libertad que no alcanza al control electoral»; similar, la SAP Tarragona 80/2020, de 28 de febrero. Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª edición, Edisofer, Buenos Aires, 2011, p. 150, nota 331, precisamente advierte que la lógica de la acumulación se halla «más arraigada de lo que a primera vista podría parecer, pues normalmente aparece oculta tras consideraciones formalistas de infracción de deberes», como, a nuestro juicio, es el caso del deber cívico electoral; sobre el pensamiento de la acumulación, Alcácer Guirao, R., «La protección del futuro y los daños cumulativos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002, p. 20, «los efectos cumulativos no son ni exclusivos del medio ambiente ni tan novedosos en Derecho penal, sino que precisamente constituyen el núcleo de lo injusto en todos los delitos conformados en torno a esos bienes jurídicos institucionales»; De la Fuente Cardona, F. S., *La teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales*, Marcial Pons, Madrid, 2025, pp. 477 y ss.; Villalba López, N., *El delito de desobediencia grave de particular. Un estudio sobre su lesividad material*, *en prensa*, pp. 209 y ss.

(26) Estaríamos ante las concreciones en esta figura del elemento común a los delitos de omisión propia o pura «ausencia de una determinada conducta», señalado más arriba.

(27) Maza Martín, J. M., *Delincuencia electoral*, p. 114, apoyándose en numerosa jurisprudencia afirma que «este artículo no requiere otro dolo que la voluntad consciente de incumplir una obligación legal».

lidades son enumeradas por la LOREG, sino que nos inclinamos por mencionar primero las modalidades con menos incidencia práctica.

1.2.1 La primera modalidad es la consistente en no desempeñar (adecuadamente) las funciones que han sido atribuidas, es decir, se castiga a quien cumple con su nombramiento, acude al colegio electoral y se constituye como presidente o vocal de la mesa, pero decide no colaborar o colaborar inadecuadamente en el cometido depositado. Esta modalidad es la menos habitual en la práctica y, de hecho, solamente hemos encontrado un pronunciamiento encuadrable en la misma en el conjunto de sentencias que hemos manejado (28). Entendemos que esto se debe, al menos, a dos razones. Primero, los ciudadanos que acuden a formar parte de las mesas electorales habitualmente desempeñan las funciones que les han sido atribuidas de manera diligente, lo que se refleja en el reducido número de incidencias que tienen lugar comicios tras comicios. Y, segundo, la escasez de pronunciamientos encuadrables en esta modalidad también trae causa de su limitado ámbito de aplicación, dado que muchos de los comportamientos que nos podemos representar como no colaborativos a lo largo de la jornada electoral (por ejemplo: suscitar dudas sobre la identidad de algún votante demorando la votación, realizar con inexactitud el escrutinio, obstaculizar la extensión de las actas de constitución, escrutinio o sesión) constituyen figuras delictivas autónomas de los artículos 139 y 140 LOREG, de aplicación preferente conforme al principio de consunción y sancionadas con una pena sensiblemente mayor (29).

1.2.2 La segunda modalidad estriba en abandonar sin causa legítima la mesa por quien fue designado como presidente o vocal. Esta modalidad representa en la práctica forense un porcentaje menor del total de procedimientos que se inician por la presunta comisión del delito. Existe acuerdo en que no basta un abandono «momentáneo»,

(28) SAP Barcelona 95/2013, de 25 de octubre, que termina en condena por conformidad: «durante el transcurso de la jornada electoral el acusado mostró una actitud absolutamente pasiva, haciendo dejación de las funciones que como presidente tenía asignadas, abandonando en diversas ocasiones tanto la Mesa como el mismo colegio electoral sin alegar motivo alguno que justificase este hecho y desatendiendo las advertencias que le hacían los integrantes de la Mesa. Igualmente, durante el recuento de votos, no colaboró en dicha tarea, entorpeciendo su realización».

(29) Recordemos que, pese a que el artículo 136 LOREG indica que los posibles concursos aparentes de normas entre CP y LOREG se resuelven conforme al principio de alternatividad, lo cierto es que guarda silencio sobre los posibles concursos de normas entre preceptos de la propia LOREG, por lo que se aplican las reglas generales del artículo 8 CP. En este sentido, Faraldo Cabana, P., «Las disposiciones generales», en *la misma* (Dir.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 183.

como el que lleva a cabo quien acude a comer a mitad de la jornada con la aquiescencia del presidente de la mesa, sino que debe ser un abandono de cierta duración temporal (30).

En este sentido, la SAP Barcelona de 17 de enero de 2007 condena al presidente de una mesa que abandonó el colegio electoral sobre las 9:30 horas tras recibir el cheque con la dieta (52 euros), siendo localizado al día siguiente por la policía en su domicilio sin aportar motivo verosímil que justificara dicho abandono. En cambio, la SAP Barcelona 402/2012, de 5 de julio, absuelve a la presidenta de una mesa en la que había una discordancia de sesenta votos entre los emitidos y el número de votantes reflejados como electores en el censo electoral. Tras dos recuentos sin acuerdo, sobre las 23:00 horas la presidenta entregó un sobre con documentación no determinada a un funcionario del servicio de correos y se fue a su casa. El resto de los miembros de la mesa permanecieron en el colegio electoral y realizaron nuevos recuentos sin que tampoco pudieran cuadrar los resultados (31).

Junto con el abandono voluntario, también se entiende como «abandono» el comportamiento contrario a Derecho del miembro de la mesa que fuerza a la administración electoral a su destitución. En este sentido, conviene recordar que el artículo 93 LOREG establece que el día de la votación no se puede hacer propaganda electoral en los colegios: «ni en los locales de las secciones ni en las inmediaciones de los mismos se podrá realizar propaganda electoral de ningún género». Esto es relevante para el análisis del delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral porque puede suceder, y así ha

(30) Encuadramos en esta modalidad «el abandono temporal o transitorio de los cometidos de miembro de la mesa», como fue el caso resuelto por la SAP de Tarragona de 16 de enero de 1990, en el que se condena al vocal que se ausenta tres horas para jugar un partido de fútbol sin comunicarlo al presidente. No hemos podido acceder directamente a este pronunciamiento, siendo citado a través de Maza Martín, J. M., *Delincuencia electoral*, p. 118; y Macías Espejo, B., «Delitos electorales en "sentido estricto", cometidos por funcionario público –artículos 139, 140 y 143 LOREG–», en Benítez Ortúzar, I. F. (Dir.), *Corrupción electoral: delitos e infracciones electorales*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 131.

(31) SAP Barcelona 402/2012, de 5 de julio: «ciertamente esa no era la manera adecuada de proceder, pero difícilmente puede reprocharse en vía penal su desacertado comportamiento a la misma,... entiende la Sala que el cumplimiento de sus funciones puede calificarse de defectuoso o incluso negligente, pero no hay dato alguno que permita entender acreditado que obró de la manera reseñada siendo consciente de su indebido proceder, lo que impide el reproche penal de su conducta»; en cambio, en un caso no muy diferente, la SAP Pontevedra 257/2024, de 14 de octubre, confirma la condena de quien «durante el escrutinio de la mesa, sobre las 00:20 horas del 24 de julio de 2023, sin justificación alguna atendible y aun consciente de sus obligaciones derivadas de su condición de vocal, la abandonó determinando que la mesa hubiera de completar la documentación de sus actas ya sin su firma ni intervención».

sucedido, que algún miembro de la mesa no respete la neutralidad política, ya sea a través de actos explícitos de propaganda, como la petición directa del voto para alguna candidatura, ya sea a través de actos implícitos, como la exhibición de determinados símbolos o consignas (32). Si tras la advertencia y solicitud del presidente de la mesa y de la Junta Electoral de Zona no se cesa en la actividad de propaganda, se procede a destituir al miembro de la mesa y se nombra a un sustituto, lo que se ha interpretado como un supuesto de abandono sin causa legítima de las funciones atribuidas (33). Y ello sin perjuicio de que esta clase de comportamiento también origina una ruptura de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por lo que no se debería descartar que sea subsumible al mismo tiempo en un delito de propaganda electoral extemporánea del artículo 144.1 LOREG (34).

1.2.3 La tercera modalidad consiste en no asistir a la constitución de la mesa electoral («dejen de concurrir») para la que se ha sido correc-

(32) Esta prohibición es recordada por el Acuerdo de la Junta Electoral Central 331/2003, de 25 de mayo, cuando afirma que «los miembros de las Mesas Electorales no podrán portar o utilizar leyendas, símbolos, emblemas o lemas que directa o indirectamente puedan ser constitutivos de propaganda electoral». El mismo acuerdo aclara que no se considera acto de propaganda la acreditación que portan los interventores y apoderados de los partidos: «los interventores y apoderados de las distintas candidaturas sólo podrán ostentar emblemas o símbolos que permitan su identificación».

(33) En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Vilanova i la Geltrú, de 4 de febrero de 2025, plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre la aplicación de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, en un asunto en el que el vocal titular de una mesa es acusado por un delito de desobediencia a la autoridad (artículo 556 CP) y de abandono de mesa electoral por negarse a retirar el lazo amarillo que portaba. Este símbolo había sido considerado partidista por Acuerdo de la Junta Electoral Central 66/2019, de 18 de marzo, en el que se sostiene que su utilización «pretende recordar que dirigentes o candidatos pertenecientes a formaciones políticas que se presentan a las próximas elecciones se encuentran en situación de prisión preventiva. También aquí dicho símbolo puede utilizarse legítimamente por determinadas formaciones políticas *pero no por las autoridades públicas que deben respetar la neutralidad política durante los procesos electorales*» (cursivas nuestras).

(34) Rodríguez Rodríguez, M., «Los delitos electorales», pp. 30 y ss., dado que podrían darse por acreditados los dos elementos que viene exigiendo la jurisprudencia, a saber, que el acto tienda a persuadir a otros ciudadanos a favor o en contra de una opción política y que dicho acto muestre proyección pública. Pese a lo señalado en alguna resolución, el autor entiende que el acto de propaganda no precisa «de referencias expresas de a quién se debe votar y a quién no», no es necesaria una petición expresa; ahora bien, Suanzes Pérez, F., «Delitos por abandono o incumplimiento en las mesas electorales», p. 241, advierte que «no es constitutivo de delito solicitar la abstención el día de la votación, porque la propaganda electoral debe estar relacionada con un candidato».

tamente designado (35). Mientras que en las anteriores modalidades (abandono y no desempeño) el círculo de potenciales sujetos activos se reduce a quienes ya forman parte de la mesa electoral correctamente constituida, en esta modalidad delictiva pueden ser sujetos activos los ciudadanos designados tanto como titulares o como suplentes en el sorteo público al que alude el artículo 26.2 LOREG. Estos tienen el deber de acudir y reunirse a las 8:00 horas el día de la votación en el local correspondiente (artículo 80.1 LOREG) y a las 8:30 horas debe extenderse el acta de constitución de la mesa (artículo 83.1 LOREG).

Esta modalidad delictiva es la más habitual en la práctica de nuestros tribunales, pudiendo destacarse el elevado número de pronunciamientos que terminan en condena por conformidad del acusado, que habitualmente no se presenta en ningún momento de la jornada en el colegio electoral, ni tan siquiera para votar (36).

Más debatido es el tratamiento que ha de merecer el *retraso*, es decir, si se ha de aplicar esta modalidad a quien se presenta más allá de las 8:00 horas para la constitución de la mesa. Para aquellos que sostienen que estamos ante un delito de resultado que exige el efectivo quebranto del desarrollo del proceso electoral, «la mera impuntualidad no ha de equivaler automáticamente a inasistencia» (37). Sin embargo, para aquellos que sostenemos que se trata de un delito de omisión pura o propia, lo coherente es entender que todo retraso que supere algunos minutos de cortesía es constitutivo de la figura delictiva, pues el deber cívico que se infringe no da comienzo a las 9:00

(35) En las expeditivas palabras de Morillas Cuevas, L., *Los delitos electorales*, p. 55, «deja de concurrir el que no va».

(36) Sólo en el año 2017 identificamos más de una decena de condenas por conformidad en Barcelona: SAP Barcelona 46/2017, de 21 de enero; SAP Barcelona 251/2017, de 17 de mayo; SAP Barcelona 375/2017, de 18 de julio; SAP Barcelona 598/2017, de 18 de septiembre; SAP Barcelona 618/2017, de 15 de septiembre; SAP Barcelona 688/2017, de 18 de octubre; SAP Barcelona 689/2017, de 10 de octubre; SAP Barcelona 702/2017, de 20 de octubre; SAP Barcelona 745/2017, de 21 de noviembre; SAP Barcelona 749/2017, de 10 de octubre; SAP Barcelona 829/2017, de 13 de diciembre. Anteriormente, Arnaldo Alcubilla, E., Delgado-Iribarren García-Campero, M., *Código electoral*, 8.ª edición, La Ley, Madrid, 2015, pp. 880-881, mencionan varias decenas de resoluciones de esta clase en un periodo de dos años (marzo de 2005 a marzo de 2007).

(37) Maza Martín, J. M., *Delincuencia electoral*, p. 116, citando una ponencia de Ríos Pintado en la que afirma que «por lo que respecta a los supuestos en los que por parte de alguno de los miembros de la mesa electoral se comparece con cierto retraso, si el mismo es de minutos o incluso antes del comienzo de las votaciones entendemos que no será objeto de delito al no afectar al desarrollo electoral gravemente»; similar, Muñoz Cuesta, J., Martí Cruchaga, V., «Delitos electorales», *Diario La Ley*, núm. 6887, 2008, p. 10.

horas con el inicio del acto de votación (artículo 84 LOREG), sino con la formación y constitución de la mesa electoral a las 8:00 horas (38).

La jurisprudencia suele ser bastante estricta y no duda en aplicar esta modalidad a los retrasos. Entre otras, la SAP Barcelona 492/2020, de 19 de octubre, condena al designado como presidente titular de mesa electoral que se presenta a las 8:45 horas alegando que se había quedado dormido porque la noche anterior salió tarde de trabajar. La sentencia insiste en que no estamos ante un delito en comisión por omisión: «se trata de un delito formal, que se consuma con la simple actividad del acusado… el delito estaba ya consumado con la incomparecencia al llamamiento efectuado». En este sentido, la SAP Barcelona 491/2017, de 30 de junio, condena a la ciudadana designada como presidenta de mesa electoral que concurrió a las 9:00 horas. También la SAP Vizcaya 90023/2023, de 2 de febrero, condena a quien había sido designado como segundo suplente del vocal primero y compareció entre las 9:00 y 10:00 horas. Tras comprobar que la mesa se había constituido, votó y abandonó el colegio electoral. En cambio, resulta bastante excepcional y criticable la estimación de la apelación operada en la SAP Tarragona 44/2019, de 18 de enero, la cual absuelve a la ciudadana designada como segunda suplente que se presentó en el colegio electoral a las 9:30 horas. La AP entiende que no se puede acreditar la concurrencia de dolo (39).

Algo similar cabe decir de la aplicación de esta modalidad a los *suplentes*. Aquellos que sostienen que se trata de un delito de resultado se ven obligados a mantener que para que el delito pueda ser cometido «por uno de los suplentes, tendrían que darse los requisitos que exijan la efectividad de la suplencia, toda vez que, en otro caso, tampoco se producirían los graves efectos para el desarrollo del proceso electoral que justifican la intervención del Derecho penal» (40).

---

(38) Silva Sánchez, J. M., *El delito de omisión*, p. 343, los delitos de omisión pura son aquellos en los que «no cabe imputar el resultado lesivo trascendente a la omisión, cuya no evitación ha venido dada por la no-realización de la acción indicada; esto es, se agotan en la aludida no-realización».

(39) SAP Tarragona 44/2019, de 18 de enero, «en su conducta no se aprecia de forma clara la concurrencia del elemento subjetivo del tipo delictivo. Todo lo más resulta innegable la negligencia en la que incurrió al no poner los medios necesarios para acudir con puntualidad a la Mesa Electoral, negligencia que tampoco tiene cabida en el delito electoral que se le imputa al ser un delito de naturaleza dolosa, por lo que su conducta no debe ser merecedora de reproche penal»; también absuelve la SAP Barcelona 93/2014, de 4 de febrero, a la mujer que «al haber estado estudiando hasta altas horas de la noche, no despertó a tiempo, acudiendo de forma inmediata una vez lo hizo al lugar donde se había constituido la misma, personándose en ella poco tiempo después de la constitución de dicha mesa».

(40) Maza Martín, J. M., *Delincuencia electoral*, p. 116.

En cambio, si sostenemos que se trata de un delito de omisión propia, en el que se infringe el deber de acudir a la formación y constitución de la mesa electoral en los términos establecidos en el artículo 80.1 LOREG, no existe ningún obstáculo para aplicarlo a quienes fueron correctamente nombrados como suplentes, pues el deber de asistir a la formación de la mesa nace también para ellos, en tanto son parte del engranaje del que se dota la LOREG para asegurar la adecuada celebración de la jornada electoral en caso de que no asistan los titulares (41).

También en relación con los suplentes la jurisprudencia parece dar la razón a este segundo modo de ver las cosas, resultando habitual la condena, aunque la mesa se haya formado sin incidencia alguna. Además de las ya citadas, podemos mencionar la SAP Barcelona 637/2022, de 12 de diciembre, en la que se condena por no comparecer al segundo suplente del presidente (42).

Otra cuestión de relevancia práctica para la modalidad de no asistencia tiene que ver con la *notificación* de la Junta Electoral de Zona que comunica el nombramiento tras el sorteo público (43). Mientras en las anteriores dos modalidades que la notificación en origen fuese correcta es ya irrelevante para la consumación del tipo, porque el ciudadano asume los deberes inherentes al cargo de presidente o vocal desde que acepta constituirse como miembro de la mesa, en cambio, la notificación es un elemento fundamental para determinar si estamos ante una inasistencia punible.

La correcta notificación es un elemento objetivo del tipo que, si no concurre, no permite subsumir la omisión del ciudadano en el delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral (44). Creemos que esta es la interpretación más convincente a la luz de la inte-

(41) Faraldo Cabana, P., «Las disposiciones generales», p. 180.

(42) A mayor abundamiento, la SAP Barcelona 19/2022, de 18 de enero, condena por conformidad del acusado también al suplente segundo del presidente; la SAP Barcelona 1035/2021, de 14 de diciembre, condena por conformidad a la segunda suplente del primer vocal; o la SAP Barcelona 779/2021, de 6 de octubre, condena a la segunda suplente de vocal (no precisa cuál) que había sido correctamente notificada.

(43) El artículo 27.2 LOREG establece que «la designación como Presidente y Vocal de las Mesas electorales debe ser notificada a los interesados en el plazo de tres días».

(44) Macías Espejo, B., «Delitos electorales en "sentido estricto"», p. 123, «si falta la notificación en tiempo y forma del nombramiento, faltaría un elemento del tipo», añadiendo jurisprudencia sobre la ausencia de notificación personal; Maza Martín, J. M., *Delincuencia electoral*, p. 116, «requisito imprescindible obvio es el de que se haya notificado debidamente al miembro de la mesa su designación como tal».

gración que hay que hacer de las disposiciones de la LOREG con los términos del precepto, pues el nombramiento como presidente o vocal titular o suplente presupone su notificación (artículo 27.2 LOREG). Esta parece también la opinión de nuestros tribunales, pues como recuerda la SAP Jaén 279/2021, de 20 de octubre, para que la ausencia sea subsumible en el tipo se exige que «la prescripción de la conducta esté revestida de todos los requisitos de validez y eficacia que hagan exigible la adecuación del comportamiento al mandato».

Sin embargo, más dudas genera cuáles son las formalidades que debe cumplir la notificación para entender que el nombramiento ha sido correctamente efectuado. Los aspectos sobre los que ha habido más controversia son: 1.º si es válida la notificación que no se entrega personalmente, sino a un familiar o conviviente; 2.º si tiene alguna consecuencia que la notificación no aluda al plazo de siete días para excusarse ante la Junta Electoral de Zona; y 3.º si es necesario que la notificación contenga que el incumplimiento del deber puede originar responsabilidad penal. Pese a que hubiera sido lo deseable, nuestros tribunales no han dado una respuesta homogénea y estable en el tiempo a tales interrogantes, por lo que nos aproximamos a la casuística y exponemos la que, a nuestro juicio, debiera ser la interpretación a seguir.

En primer lugar, nos preguntamos *si debe notificarse personalmente el nombramiento*. Nuestra impresión es que existe cierta tendencia a dar por suficiente la notificación en el domicilio, aunque sea recibida por una persona conviviente, normalmente familiar. Entre otras, la SAP Barcelona 492/2020, de 19 de octubre, ha dado por válida la notificación a través de la madre conviviente; la SAP Barcelona 153/2017, de 24 de febrero, admite también la notificación recibida por el hermano conviviente; la SAP Guipúzcoa 148/2012, de 27 de marzo, considera correcta la notificación recibida por la hermana, pese a que tiene que comunicar el nombramiento por teléfono, dado que su hermano residía habitualmente en otra provincia en la que no estaba empadronado; o la SAP Barcelona, de 23 de octubre de 2015, da por válida la notificación firmada por un compañero de la casa de acogida en la que se hospedaba temporalmente el condenado. También se ha considerado correctamente notificado a quien se niega a recoger la notificación (45).

(45) SAP Asturias 357/2016, de 29 de julio; similar, SAP Murcia 33/2007, de 31 de octubre: «tras repetidos intentos de la agente, pulsando el timbre de la puerta de dicho domicilio, la acusada finalmente accedió a abrir, informándole entonces aquélla del objeto de su visita, dada su designación como miembro de una

Es cierto que encontramos alguna sentencia que contradice esta línea interpretativa, pero, al menos en el conjunto de pronunciamientos analizados, siempre que se ha absuelto por no tener lugar la notificación personal al interesado, lo cierto es que parece poder advertirse alguna otra razón de fondo. En este sentido, la SAP A Coruña 60/2017, de 31 de marzo, absuelve al acusado tras recibir su esposa la notificación porque «la orden de la Junta Electoral de Zona de Noia no llegó a ser, en el caso, y *por falta de notificación personal*, vinculante y ejecutoria» (cursivas nuestras). Sin embargo, el motivo detrás de la absolución parece más próximo a un impedimento laboral, ya que se trataba de un marinero que se encontraba faenando en alta mar cerca de Singapur, quien, pese al aviso de su mujer, no podía regresar fácilmente a España.

Ahora bien, la recepción de la notificación por el conviviente no es suficiente para hacer nacer el deber cívico, sino que es necesario que quede acreditado que la notificación se puso en conocimiento de la persona designada. Entre otras, la SAP Barcelona 36/2019, de 23 de enero, absuelve a quien no fue informado por su hijo menor de edad de la notificación que había recibido; o la SAP Tarragona 412/2010, de 15 de septiembre, también absuelve porque «no ha quedado acreditado que la madre de la acusada leyera el contenido de la notificación referida, ni de que se la entregara a su hija» (46).

Otro supuesto en el que se discute si la notificación es válida es aquel en el que el interesado no se encuentra en el domicilio a la hora del reparto y la persona del servicio de mensajería o el conserje la deja en el buzón de la vivienda. La jurisprudencia entiende que, en atención a las circunstancias, podríamos estar ante una notificación defectuosa. Entre otras, la SAP Barcelona 542/2021, de 19 de julio, absuelve al ciudadano que fue notificado en su domicilio a través de «la persona de Remedios, que para entonces era la portera del referido inmueble». Esta puso la carta «en el buzón y le dio el recado a él de

---

Mesa Electoral, advirtiéndole de su derecho a la alegación de excusas y de las consecuencias sancionadoras de su incumplimiento, conforme así se hacía constar expresamente en el documento de notificación. La acusada rehusó una y otra vez aceptar dicha notificación, negándose a firmarla, no obstante las advertencias que la agente le expresaba».

(46) En cambio, a veces ha bastado que el destinatario conozca que hubo notificación para justificar la condena. Así, la SAP Tarragona 441/2009, de 3 de septiembre, considera que la notificación a la hija es correcta y que «no hay un defecto de actuación administrativa en todo lo relacionado con la citación. Ésta llegó a su destinataria con entera normalidad… que la recurrente no leyera la declaración, e incluso que leyéndola no la hubiera entendido, no puede ser óbice para que se la considere incursa en el delito electoral que nos ocupa».

forma verbal», siendo que la correspondencia rebosaba en el buzón y no lo comprobó (47).

A nuestro entender, la interpretación que vienen haciendo los tribunales es, por lo general, acertada y garantista, aunque debemos insistir en que no cabe presumir que la recepción de la notificación por un tercero conlleva automáticamente la puesta en conocimiento del nombramiento.

En segundo lugar, se plantea *si la notificación, además del nombramiento, debe hacer alusión al derecho a excusarse*. La interpretación judicial mayoritaria viene respondiendo afirmativamente a este interrogante, principalmente, porque se entiende que la notificación sería incompleta si no recoge el contenido del artículo 27.3 LOREG, a saber, que «los designados Presidente y Vocal de las Mesas electorales disponen de un plazo de siete días para alegar ante la Junta Electoral de Zona causa justificada y documentada que les impida la aceptación del cargo». En palabras de la STS 1265/1995, de 13 de diciembre, «cuando lo que se sanciona penalmente es, en definitiva, una desobediencia a un deber cívico, la responsabilidad sólo puede nacer del incumplimiento a una orden que contiene todos los requisitos precisos, entre los cuales resulta esencial la posibilidad de alegar alguna excusa o razón que pueda justificar el incumplimiento», de modo que «sólo tras la desestimación de la excusa o de su falta de concreta alegación ante el competente organismo, puede reputarse ejecutoria y vinculante la orden» (48).

En este sentido, la SAP Barcelona 631/2007, de 10 de octubre, absuelve al ciudadano al que se notificó personalmente, pero «no consta que a dicho acusado se le hiciera saber la posibilidad legal de presentar excusas para dicho cargo» (49).

A nuestro juicio, es razonable entender que el nombramiento ha sido notificado de modo incompleto cuando no se alude a la posibilidad

---

(47) SAP Barcelona 542/2021, de 19 de julio: «como quiera que consta que la citación no se efectuó personalmente al mismo… existe en el Tribunal en base a la prueba practicada en el plenario, una duda objetiva y razonable sobre el conocimiento previo de la designación de la Junta Electoral para el correspondiente cargo…y dicha duda debe ser salvada, por operancia del consabido principio rector de in dubio pro reo, en favor del acusado, absolviéndole del delito electoral del que venía siendo acusado». También absuelve en un caso similar la SAP Barcelona 287/2021, de 15 de marzo: «la notificación de la carta oficial no se efectúa con los requisitos necesarios ya que no se entrega personalmente al acusado».

(48) Y en un caso similar añade la STS 599/2009, de 4 de junio, que «no puede decirse en puridad que se haya producido el mandato conminativo».

(49) Para ulteriores sentencias absolutorias, *vid*. Arnaldo Alcubilla, E., Delgado-Iribarren García-Campero, M., *Código electoral*, p. 1031.

de excusarse, porque en caso contrario no se estaría dando una información fundamental para la definitiva eficacia del deber cívico cuyo nacimiento se acaba de anunciar. No obstante, encontramos algunas opiniones doctrinales contrarias a este modo de ver las cosas (50).

En tercer lugar, se suscita la duda de *si la notificación, además del nombramiento y la posibilidad de excusarse, ha de incorporar las consecuencias sancionadoras que se derivan de su incumplimiento*. La LOREG guarda silencio al respecto, por lo que nos inclinamos a pensar que no debe entenderse como un requisito. No obstante, hay quienes mantienen que es imprescindible que la notificación mencione el elenco de posibles sanciones, porque su ausencia podría justificar la apreciación de un error de prohibición, dado que nos encontraríamos ante una materia muy específica propia del Derecho penal accesorio que el común de los ciudadanos ignora. Así, parece presentarse también en materia electoral la pregunta sobre el objeto de conocimiento del error de prohibición, a saber, si basta con que el notificado conozca la ilicitud jurídica general de su comportamiento o si es necesario que sea consciente de que su comportamiento es antijurídico a la vista de un concreto sector del ordenamiento como es el Derecho penal (51).

Nuestros tribunales han emitido pronunciamientos en ambos sentidos. Observamos cierta tendencia en la jurisprudencia menor a exigir el conocimiento de la antijuridicidad estrictamente penal y a abordar como una única cuestión la notificación al destinatario de que tiene derecho a excusarse con la información sobre las consecuencias sancionadoras (52). En cambio, el Tribunal Supremo (TS, en adelante) se inclina por una aplicación muy restrictiva del error de prohibición, ya que bastaría para condenar con que el ciudadano tenga conciencia de la antijuridicidad genérica, de que su comportamiento no es conforme a Derecho (53).

---

(50) Muñoz Cuesta, J., Martí Cruchaga, V., «Delitos electorales», p. 10, «no creemos que sea necesario que se notifique correctamente la posibilidad de excusarse para poder apreciar el delito, puesto que quien es designado para una mesa electoral conoce la obligación de hacerlo».

(51) En palabras de Puente Rodríguez, L., *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 196 y ss., el interrogante sería «cuál es la clase de ilicitud acerca de la cual hay que errar para que resulte aplicable un error de prohibición».

(52) Por todas, la SAP Barcelona 60/2018, de 23 de enero, afirma que «tal incumplimiento sólo podrá ser reprochado penalmente si va precedido de una exquisita notificación de cuales son los *derechos* y obligaciones del nombrado, incluida la *consecuencia punitiva* del mismo» (cursivas nuestras). En la doctrina, Molina Fernández, F., Guérez Tricarico, P., «Delitos electorales», pár. 18169.2.

(53) En este sentido, la STS 353/2013, de 19 de abril, afirma lo siguiente: «acerca del error de prohibición en el ámbito de los delitos electorales, y en concreto en lo que concierne a su aplicación con respecto al artículo 143 de la Ley Orgánica de

Entre los pronunciamientos que parecen entender que para que el castigo penal sea legítimo es necesario que el sujeto conozca que infringe una norma penal, podemos destacar la SAP Barcelona 724/2019, de 3 de octubre. Esta condena al ciudadano que se presentó puntualmente a la constitución de la mesa electoral, pero transmitió a los allí presentes que no se encontraba en condiciones de desempeñar el cargo. Alegó que había estado trabajando toda la noche en la panadería en la que llevaba contratado quince días y que no se quería quedar porque no se veía en condiciones, marchándose cuando comprobó que la mesa se constituía con el primer suplente del segundo vocal, que se había presentado como voluntario, creyendo «que estaba todo arreglado». La Audiencia Provincial (AP, en adelante), de manera bastante voluntarista, aprecia un error de prohibición vencible porque la notificación no recogía con precisión la literalidad del artículo 143 LOREG (54).

Régimen Electoral General, la jurisprudencia se muestra notablemente restrictiva, de modo que esta Sala no suele aplicarlo cuando es alegado como motivo de exclusión de la culpabilidad de un acusado». Por su parte, Olaizola Nogales, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, p. 66, también advierte de que en los pocos pronunciamientos en los que el TS pudiera haber aludido al conocimiento de la antijuridicidad penal, lo cierto es que concurren otros elementos que determinaron la aplicación del error de prohibición, como «un nivel cultural especialmente bajo» en la STS 756/2006, de 13 de julio, también relativo a un delito del artículo 143 LOREG.

(54) El error sería vencible por la advertencia que le formuló la presidenta de la mesa electoral, pero sería un error relevante, entre otras razones, porque en la notificación que se le remite no se mencionó expresamente el abandono sin causa justificada: «concurrir (lo que el acusado hizo), de otra, dejar de «desempeñar sus funciones» (lo que el acusado hizo creyendo que ya lo podía hacer por estar constituida la Mesa con un suplente voluntario); mientras que la notificación fusiona ambos supuestos de suerte que el acusado propiamente no hizo pues él concurrió y sólo se marchó cuando entendió que por la causa que él creía justificada y una vez resuelta la cuestión de la constitución de la Mesa con el voluntario suplente, podía marcharse». En este sentido, también llama la atención la mencionada SAP Barcelona 631/2007, de 10 de octubre, cuando para la absolución incide en que «tampoco consta que en la notificación que recibió se le apercibiera de las *específicas consecuencias penales* que podrían darse para él, caso de incumplimiento de dicho deber electoral» (cursivas nuestras). Y continúa en los fundamentos jurídicos: «es decir, consta la notificación personal del nombramiento electoral. Lo que no consta es ese «anverso» ni por tanto la advertencia de que podían presentarse excusas legales o *los apercibimientos taxativos de poder incurrir en delito* caso de incumplir dicha obligación. Y el hecho de que no se haya aportado esta documentación esencial al procedimiento penal no puede resolverse «suponiendo» que dichas advertencias se hicieron realmente al destinatario del aviso de Correos. Si la sala sentenciadora no puede comprobar por sí misma que, efectivamente, fue así, es evidente que en virtud del principio *in dubio pro reo* hay que interpretar que no se hicieron éstas» (cursivas nuestras).

Entre los pronunciamientos opuestos, que se inclinan por entender que basta con saber que «la conducta que se lleva a cabo es contraria al Derecho en general» (55), podemos mencionar en materia electoral la STS 1301/1998, de 28 de octubre. Los hechos probados revelan que la notificación recogía el «carácter obligatorio del nombramiento, pero sin indicación alguna de las posibles consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento». La sentencia absolutoria de instancia planteó que, en la medida en que estamos ante una ley penal especial y que hay una «absoluta falta de conocimiento público de que tales infracciones son constitutivas de delito», el incumplimiento de la acusada se debía a un error de prohibición achacable, entre otras razones, a la deficiente notificación. El TS indicó que hay conciencia de antijuridicidad «con saber, a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social prohíben ese comportamiento» y que, en el caso del abandono o incumplimiento en mesa electoral, basta con que el sujeto conozca que «su comportamiento era ilícito porque existía una obligación [acudir a la mesa], cualquiera que fueran las consecuencias que podían derivarse del incumplimiento». De este modo, casa la sentencia absolutoria de instancia. Similar, la STS 22/2007, de 22 de enero. En este asunto se había absuelto a un ciudadano al que se notificó su nombramiento, pero no constaba acreditado que «le fuese notificada la posibilidad de formular excusas para justificar su incomparecencia», ni que hubiese sido «convenientemente instruido de las consecuencias jurídico penales que se derivaban de su no presentación». El TS sostiene que no es posible advertir aquí un error de prohibición porque no es preciso que el sujeto «tuviese un cabal conocimiento del alcance de su responsabilidad ni del completo programa previsto para los infractores» (56).

Encontramos buenas razones para adherirnos a la solución material a la que llega el TS, esto es, creemos que resulta suficiente para hacer nacer el deber cívico que el ciudadano reciba una notificación 1.º con el nombramiento y 2.º que aluda a la posibilidad de excusarse, sin que impida la consumación culpable del tipo el hecho de que no consten en el anverso las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

---

(55) Puente Rodríguez, L., *El error de prohibición*, p. 201.

(56) Sin embargo, resulta extraño que el TS pasase por alto que tampoco se acreditó que hubiese sido informado de la posibilidad de presentar excusas, lo que podía ser relevante en este asunto porque el ciudadano se encontraba con depresión tras un proceso de separación matrimonial. En este mismo sentido, la STS 753/2007, de 2 de octubre, cuando afirma que «únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta», confirmando la condena por delito electoral a quien había sido correctamente notificado.

No es este el lugar para reseñar el debate que tiene lugar sobre cuál debe ser el objeto de conocimiento del error de prohibición (57), pero intuimos que los representantes de ambas corrientes llegarían a la misma solución en esta materia. Los partidarios de la tesis de que el objeto de conocimiento del error de prohibición es la antijuridicidad del comportamiento *en general* podrán sostener, como el TS, que el sujeto así notificado toma conciencia de que recae sobre el mismo un deber cuyo incumplimiento, al menos, podría acarrear alguna consecuencia legal. Por su parte, los partidarios de la tesis más restrictiva, conforme a la cual el objeto de conocimiento sobre el que se debe errar es la antijuridicidad *penal*, tampoco deberían alcanzar una solución muy distinta si se admite que, tras la notificación, en la mayoría de los casos estaremos ante aquello que podemos denominar como «error burdo» (58) o como «supuestos de desconocimiento que no son definibles como error» (59). La notificación del nombramiento garantiza, como mínimo, la aparición de una duda seria sobre la antijuridicidad, también penal, de la inasistencia, duda que se podría resolver fácilmente y con elevada certeza.

Entendemos que nos encontramos ante uno de esos casos en los que la existencia de un conocimiento eventual de la antijuridicidad merecería ser equiparado al conocimiento pleno (60). El delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral no se puede ver como un precepto propio de un sector del ordenamiento altamente especializado y en constante proceso de normación que haya dado lugar a una normativa penal compleja que podamos tildar de «accesoria». Al contrario, la configuración de este delito permanece casi inalterada desde

(57) Sin ánimo de exhaustividad: Felip i Saborit, D., *Error Iuris: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 108 y ss.; Martínez-Buján Pérez, C., *El error en la teoría jurídica del delito. Un estudio a la luz de la concepción significativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 63 y ss.; Olaizola Nogales, I., *El error de prohibición*, pp. 53 y ss.; Puente Rodríguez, L., *El error de prohibición*, pp. 196 y ss.

(58) Puente Rodríguez, L., *El error de prohibición*, p. 131, a la luz de la literalidad de nuestro CP «resulta posible sostener que no toda falsa representación debe merecer el calificativo de "error" a efectos del artículo 14.3 CP, sino que este selecciona como dignos de tratamiento lenitivo solo algunas clases de errores», definiendo los errores burdos como «aquellas representaciones falsas (o ausencia de representaciones verdaderas) que no merezcan siquiera ser calificadas como un "error sobre la ilicitud del hecho"».

(59) Felip i Saborit, D., *Error Iuris: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 261 y ss., «todo error sobre la ilicitud, pero no toda falta de conciencia, merece una atenuación», «el concepto de error… presupone un mínimo interés», «quien no sabe por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no incurre en error».

(60) Felip i Saborit, D., *Error Iuris*, pp. 130 y ss.

hace más de cuarenta años, contamos con cientos de pronunciamientos judiciales y pertenece a una materia nuclear que el conjunto de la ciudadanía incorpora a su proceso de socialización desde edades bien tempranas. No se presenta aquí un supuesto de «duda objetivamente irresoluble» que requiera la advertencia de la Junta Electoral de Zona en la notificación y que, en caso de omitirse, plantee la disyuntiva de si el sujeto merece una atenuación de la pena (61).

A nuestro juicio, resultaría irrespetuoso con la configuración dada por el legislador al tipo y, en general, con el sistema democrático el entendimiento de que cabe dar cobijo, bajo la figura del error de prohibición, a quien recibe la notificación de nombramiento como miembro de una mesa electoral por el hecho de que no venga acompañada de la concreta consecuencia sancionatoria anudada al incumplimiento. Haciendo uso de los términos de Puente: que la notificación del nombramiento no mencione las consecuencias del incumplimiento no nos sitúa ante una «duda razonable», sino ante una «mera duda» incompatible con el error de prohibición (62).

Por último, debemos indicar que también se ha planteado como línea de defensa ante la inasistencia, que la Junta Electoral de Zona no envió el *manual de instrucciones* al que alude el artículo 27.2 LOREG: «con la notificación se entregará a los miembros de las Mesas un manual de instrucciones sobre sus funciones». Algunas sentencias han aceptado este motivo y han absuelto. Entre otras, la SAP Barcelona 875/2006, de 24 de octubre, considera que queda excluido el dolo, por existir error de tipo vencible, en quien fue notificado correctamente como suplente, pero no acudió porque no recibió posteriormente el manual de instrucciones al que se aludía en la notificación (63).

---

(61) Puente Rodríguez, L., *El error de prohibición*, p. 87, las dudas objetivamente irresolubles son «supuestos de dudas razonables en las que ni siquiera un estudio pausado y reflexivo puede aproximarnos a la certidumbre suficiente como para hablar de algo parecido a la certeza (de su licitud o ilicitud)»; Felip i Saborit, D., *Error Iuris*, pp. 135 y ss.; Olaizola Nogales, I., *El error de prohibición*, pp. 74 y ss., se refiere a estas como «situación jurídica objetivamente confusa», existiendo cierto acuerdo en que el acusado puede merecer algún tipo de atemperación, aunque sea por analogía.

(62) Puente Rodríguez, L., *El error de prohibición*, p. 87.

(63) SAP Barcelona 875/2006, de 24 de octubre: queda probado que «habiéndosele remitido un sobre cerrado conteniendo tal notificación en el que se hacía constar que pocos días antes de las elecciones recibiría en su domicilio el manual de instrucciones correspondiente, documentación que no recibió al contrario que su madre D.ª Nuria, la cual a su vez había sido nombrada vocal titular para otra mesa, determinando ello que tanto la acusada como su madre entendieran que si la primera había sido designada suplente y no había recibido el citado manual de instrucciones,... no tenía que acudir a la constitución de la Mesa». La AP mantiene que «ha de entenderse más que verosímil que la acusada llegase a entender que habiendo sido nom-

Sin embargo, pensamos que la ausencia del manual de instrucciones no puede ser un motivo para invalidar la notificación ni para justificar la inasistencia, pues dicho manual es un documento autónomo que instruye sobre el buen desempeño de las tareas que integran el deber cívico, como el modo de cumplimentación del acta de escrutinio. Este ha de acompañar a la notificación, pero no es un elemento integrante de la misma. Como mucho, la ausencia de manual podría ser un indicio de que concurre imprudencia en la modalidad de no desempeño (adecuado), y ni tan siquiera, pues si el ciudadano tenía alguna duda podía hacer la consulta oportuna o acudir a la reunión informativa que previamente ofrecen las Juntas Electorales de Zona (64).

1.2.4. La cuarta modalidad consiste en incumplir «sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo». El artículo 27.3 LOREG recoge la *obligación de excusa*. Este establece que los nombrados disponen de un plazo de siete días para alegar ante la Junta Electoral de Zona causa justificada y documentada que les impida la aceptación del cargo, debiendo responder la Junta en el plazo de cinco días. El silencio administrativo se entiende en sentido negativo (65). Asimismo, el artículo 27.4 LOREG alude a la *obligación de aviso previo*, ya que prevé que puede aparecer alguna situación sobrevenida transcurridos los siete días tras la notificación del nombramiento. En estos casos se debe comunicar la imposibilidad de desempeñar el cargo, al menos, «setenta y dos horas antes del acto al que debiera concurrir». E, incluso, si el impedimento sobreviene después de ese plazo, el aviso a la Junta habrá de realizarse inmediatamente y, en todo caso, antes de la hora de constitución de la mesa.

---

brada suplente y su madre titular –por más que lo fueran de mesas distintas– no tenía obligación de comparecer finalmente a la constitución de su Mesa, estándose en definitiva ante un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal».

(64) Parece de nuestra opinión la SAP Barcelona 862/2015, de 3 de noviembre. En este caso la notificación fue recogida en Correos y entregada por un funcionario de la misma empresa, el cual no explicó al destinatario la obligación de comparecer, ni las consecuencias que se derivarían en el caso de no acudir, ni le entregó el manual de instrucciones que exige la LOREG. La defensa solicitó la absolución, pero la AP mantiene que lo relevante es «que el acusado tomase conocimiento de que fue nombrado presidente de una concreta mesa, lo cual ha quedado plenamente probado», con independencia de si lo hizo en una oficina de Correos, de si el funcionario de Correos le explicó el alcance de su deber cívico o de si se le entregó el manual de instrucciones.

(65) El Acuerdo de la JEC 133/2021, de 14 de febrero, estima aplicable el artículo 25 de la Ley 39/2015 y acuerda que «transcurridos esos 5 días, el interesado puede entender que se han producido los efectos propios del *silencio administrativo negativo* y podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente» (cursivas nuestras).

Como hemos señalado más arriba, la duda que nos planteamos es si se trata de una modalidad típica realmente autónoma o únicamente una causa de justificación a la que superfluamente alude el legislador. Los partidarios de entender que solo hay tres modalidades en el delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral sostienen que la inasistencia, el abandono o el no desempeño adecuado únicamente son contrarios al ordenamiento cuando no se ha comunicado el motivo que los justifique. Esto no es incorrecto, pero ignora que el alcance del tipo es algo mayor. En verdad son cuatro modalidades porque no hay una dependencia lógica entre el castigo del incumplimiento de la obligación de excusa o aviso previo y la sanción de la inasistencia, abandono o no desempeño adecuado. Un ciudadano puede no acudir el día de las elecciones a la formación de la mesa electoral y estar amparado por una causa suficiente, pero ese motivo no tiene por qué justificar también el incumplimiento de su obligación de excusa o aviso previo. La inasistencia podría estar respaldada por una causa de justificación, por ejemplo, si ya se ha participado como miembro de mesa electoral más de tres veces en los últimos diez años, pero eso no «justifica» que el ciudadano omita su deber de excusa o aviso previo ante la Junta Electoral de Zona. Expresado con otras palabras: la LOREG no atribuye a la administración electoral un deber de comprobar de oficio las causas que pueden justificar la ausencia de todos y cada uno de los ciudadanos, sino que nos impone a los electores un deber de colaboración en caso de ser designados, consistente en comunicar el motivo o motivos que nos asisten para eludir dicha tarea. La puesta en conocimiento de esta información es esencial para que la administración pueda escoger nuevos miembros que garanticen un sistema eficaz de suplencias llegada la jornada electoral. El contenido del injusto no reside aquí, por consiguiente, en la inasistencia en sí misma considerada, que puede encontrarse realmente justificada, sino en que se incumplió un deber de colaborar con la administración electoral, consistente en comunicar las razones o motivos por los que no se puede dar cumplimiento a los cometidos derivados del nombramiento.

Este modo de ver las cosas se aprecia con claridad en la SAP Guipúzcoa 148/2012, de 27 de marzo. En este asunto quedó acreditado que el acusado era enfermo crónico de hiperuricemia y que días antes de la celebración de las elecciones autonómicas del País Vasco sufrió un ataque agudo de gota que le impidió desplazarse desde Madrid hasta Andoáin, donde estaba empadronado. La sentencia de instancia le absuelve, pero la AP estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal. Esta sostiene que no se cumple la modalidad típica de «dejar de concurrir» o no asistir, porque es cierto que «el acusado no tuvo capaci-

dad para desplegar la acción exigida –acudir a la Mesa Electoral– dado que el fin de semana en el que se celebraron las elecciones sufrió un ataque de gota». Ahora bien, cosa distinta es que, pese a que la inasistencia esté justificada, el acusado no cumpliera con su deber de excusa o aviso previo. Así, la AP recuerda que, «presente la capacidad para desplegar la acción exigida», «la omisión de la acción exigida es injustificada», pues «producido el referido ataque era factible presentar una excusa o, cuando menos, avisar de la incomparecencia, dado que la sintomatología clínica se produjo días antes de la cita electoral y, además, su tratamiento no precisó de una asistencia médica». En el mismo sentido, la STSJ Cataluña 3/2019, de 10 de enero, recuerda que «aunque una persona no pueda desempeñar las funciones electorales para las que fue nombrado no puede limitarse a no comparecer, sino que debe comunicarlo previamente, so pena de incurrir en el delito». Por tanto, una cosa es que la inasistencia se encuentre amparada por una causa justificada y otra distinta es que esta proyecte sus efectos también sobre el incumplimiento de la obligación de excusa o aviso previo (66).

Señalada la autonomía de esta cuarta modalidad típica, sin embargo, hay que hacer un comentario adicional. Encontramos algunas sentencias que extienden los efectos de la causa de justificación que ampara la modalidad de inasistencia a la modalidad de incumplimiento de la obligación de excusa o aviso previo. Hay pronunciamientos en los que parecen analizarse de manera conjunta ambas modalidades y, si se constata la existencia de un motivo suficiente para la inasistencia, este conlleva la absolución porque se entiende justificada no solo la inasistencia, sino también que la persona acusada no se pusiese en contacto con la Junta Electoral de Zona. Entre otras, la SAP Barcelona 269/2019, de 8 de abril, absuelve a la mujer que no se personó el día de las elecciones ni alegó excusa previamente porque tres meses antes de los comicios «fue intervenida quirúrgicamente», estando a la fecha de la votación «impedida para el desarrollo de actividades físicas y para la realización de esfuerzos mantenidos». También la SAP Barcelona 186/2011, de 4 de marzo, con base en la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7.º CP, absuelve a la mujer que no quedó acreditado que se excusase ni acudió el día de las elecciones hasta mediodía, porque tenía que hacerse cargo de su hijo enfermo de dos años y era la única progenitora ocupada de la guarda. En sentido estricto, ni el

(66) En este sentido, la STS 674/2008, de 15 de octubre, cuando señala que «también se castiga la omisión consistente en la obligación de excusarse o avisar previamente de la concurrencia de un impedimento, pues evidentemente de lo que se trata es de preservar en todo caso la constitución de las mesas electorales en la fecha y hora señaladas».

posoperatorio ni el cuidado del menor impedían cumplir con la obligación de excusa o aviso previo, pero la AP extiende los efectos de la justificación también a esta modalidad. Nuestra impresión es que los tribunales parecen inclinarse por este modo proceder, especialmente, cuando nos encontramos ante el grupo de las denominadas excusas *absolutas* (aunque no solo), es decir, cuando se trata de excusas que la administración electoral debe dar necesariamente por válidas.

En conclusión, nos encontramos ante una modalidad autónoma que castiga el incumplimiento del deber formal de excusa o aviso previo, punible con independencia de que exista una razón material de fondo que justifique la efectiva inasistencia. Ahora bien, en la práctica, los tribunales a veces limitan el alcance de esta cuarta modalidad, porque si la excusa constitutiva de la causa de justificación tiene entidad, entonces se observa cierta tendencia a amparar también el incumplimiento de la obligación de excusa o aviso previo.

1.3 Señaladas las particularidades de las diferentes modalidades delictivas, procede concluir el examen de los elementos del tipo y analizar más de cerca las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad del comportamiento.

III. LOS MOTIVOS QUE EXCLUYEN LA ANTIJURIDICIDAD DEL INCUMPLIMIENTO

1. Las razones que justifican el incumplimiento de este deber cívico electoral no han sido enumeradas por la LOREG, que principalmente alude a la exclusión de quienes son candidatos (artículo 27.1) o de quienes en esos comicios no pueden ejercer el derecho de sufragio pasivo por inelegibilidad (artículo 27.3 en relación con los sujetos enumerados en el artículo 6). Si a una materia tan casuística como esta se le añade la ausencia de una sistemática legal o reglamentaria y el hecho de que las resoluciones de las Juntas Electorales de Zona no son recurribles en vía administrativa, es fácil de visualizar la relativa asimetría que se vino dando en su aplicación (67).

(67) García Soriano, M. V., «Reflexión sobre la actual regulación de las Mesas Electorales: análisis de la problemática que ha suscitado desde su entrada en vigor y nuevas propuestas», *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, núm. 24, 2010, pp. 155-156, «en la práctica el hecho de que cada JEZ sea el único órgano competente ha conllevado una falta de homogeneidad en los criterios para aceptar dichas excusas… Esta falta de uniformidad ha convertido la cuestión en muy polémica, con muchos casos de resoluciones diferentes para las mismas causas, lo que ha motivado gran cantidad de quejas de los ciudadanos ante el Defensor del Pueblo».

En este sentido, se ha tratado de aportar claridad en la materia a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Esta ley incorporó al artículo 27.3 LOREG un último inciso que apunta que las competencias de las Juntas Electorales de Zona para valorar las excusas alegadas «se entenderán sin perjuicio de la potestad de unificación de criterios de la Junta Electoral Central». Esta potestad de unificación fue ejercitada al poco tiempo a través de la adopción de la Instrucción 6/2011, de 28 de abril, de la Junta Electoral Central, de interpretación del artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sobre impedimentos y excusas justificadas para los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas Electorales (Instrucción 6/2011, en adelante).

2. La Instrucción 6/2011 desarrolla, sin ánimo de exhaustividad, una clasificación *numerus apertus* de excusas que sistematiza en tres grupos por razón de la materia, a saber, excusas personales, por responsabilidades familiares y por responsabilidades profesionales. A su vez, distingue entre aquellas que deben admitirse siempre y que podríamos denominar *absolutas*, dado que son «causas que en la vida social actual, por sí mismas, no ofrecen duda», y aquellas otras en que la justificación o no de la excusa depende de circunstancias que han de ser apreciadas en cada asunto (*relativas*).

No es posible identificar un único fundamento común al variado elenco de excusas. A menudo se revela con claridad que estamos ante el cumplimiento de un deber que derrota al deber cívico o de solidaridad, como el cuidado del lactante, mientras otras excusas parecen justificar supuestos en los que la culpabilidad del sujeto se encuentra mermada, principalmente, a través de situaciones que podríamos ubicar bajo la categoría de la inimputabilidad e inexigibilidad, como sería el caso de los adultos internos en centros psiquiátricos o de ciertos pensionistas por incapacidad permanente total. Dejando a un lado las objeciones que esta técnica de remisión puede suscitar a la luz del principio de legalidad, en lo que sigue nos aproximamos a las señaladas excusas.

1. **Excusas personales**

1. Las excusas personales son aquellas causas que aluden a circunstancias, condiciones o situaciones que concurren en la propia persona del designado y que justifican su exoneración del cumpli-

miento del deber cívico por convertirlo en una carga particularmente ardua.

1.1 Las excusas personales *absolutas* se pueden clasificar atendiendo a la avanzada edad de la persona designada, a su estado de salud, a que se encuentre privada de libertad, a razones de proporcionalidad en el establecimiento del deber de colaboración y a la seguridad de la víctima de un delito. Veámoslas más de cerca.

En primer lugar, el artículo 26.2 LOREG establece que el sorteo público en el que se elige a los titulares y suplentes se realiza entre la totalidad de las personas incluidas en la lista de electores de la mesa correspondiente que sean menores de setenta años (y que sepan leer y escribir). Ahora bien, el mismo precepto añade que a partir de los sesenta y cinco años las personas que así lo deseen pueden renunciar en el plazo común de siete días poniendo esta circunstancia en conocimiento de la Junta Electoral de Zona. De este modo, en atención a su avanzada edad la LOREG deja a la evaluación de cada ciudadano de entre sesenta y cinco y setenta años la decisión de aceptar o no la designación.

En segundo lugar, la Instrucción 6/2011 señala que es excusa personal absoluta el hecho de encontrarse en una situación de discapacidad. El artículo 4 del RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, indica que son personas con discapacidad aquellas «que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». La exoneración del deber cívico parece razonable, ya que el adecuado desempeño de las labores asociadas al mismo puede suponer un esfuerzo desproporcionado o imposible para una persona en la que concurran dichas particularidades (68). Se facilita la acreditación de esta circunstancia, ya que basta con que se aporte por la persona interesada o su representante la declaración de discapacidad, sin que resulte necesaria la aportación de un certificado médico que detalle las limitaciones que impiden o dificultan el desempeño de las funciones de miembro de una mesa.

(68) Además, el RD Legislativo 1/2013 expresamente apunta que las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades alcanzan «la participación en la vida pública y en los procesos electorales» (artículo 5). En concreto, las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano, entre los que quedan comprendidos los colegios electorales, deben reunir «las condiciones básicas de accesibilidad» (artículo 28).

La Instrucción 6/2011 apunta, en tercer lugar, que quedan liberadas de este deber las personas en quienes concurra la condición de pensionista por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. El artículo 193 del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante), define la incapacidad permanente como «la situación de la persona trabajadora que, después de haber estado sometida al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral». Debemos recordar que, de acuerdo con el artículo 12 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, la incapacidad permanente absoluta es aquella que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio (69). Por su parte, la gran invalidez es la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente que, además, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos más elementales de la vida (vestirse, desplazarse, comer y análogos), como la ceguera absoluta (70).

En cuarto lugar, la Instrucción 6/2011 admite como excusa la situación de incapacidad temporal para el trabajo acreditada mediante baja médica, lo que abarca tanto enfermedades habituales de duración más breve, pensemos en un proceso gripal de varios días o en una luxación, como bajas más prolongadas, como pueden ser los estadios iniciales de enfermedades más espinosas. Llama nuestra atención la

(69) Como señalan Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J., *Curso de seguridad social*, 13.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 403, «el concepto no es general y uniforme, esto es, ante determinadas reducciones anatómico-profesionales o secuelas no se correlaciona un grado, sino que depende de su influencia en cada persona, lo que lleva a un gran casuismo». Algunos ejemplos de patologías que han conllevado el reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta son la depresión crónica, la epilepsia con crisis frecuentes, la esclerosis múltiple, el parkinson avanzado, la artritis reumatoide severa o la fibromialgia avanzada, entre otras. Excede el propósito de este trabajo una referencia, siquiera mínima, a la jurisprudencia en la materia, por lo que baste citar un par de pronunciamientos recientes: STSJ Aragón 285/2025, de 11 de abril, que confirma la sentencia de instancia en la que se declara, contra el criterio del INSS, la incapacidad permanente absoluta a quien presentaba «laberintopatía derecha con audiometría normal, episodios vertiginosos, nódulo parotideo derecho, paaf concordante con tumor de warthin, pendiente de cirugía, adenoma suprarrenal izquierdo en estudio»; o su denegación por STSJ Madrid 354/2025, de 10 de abril, a quien presentaba «espondiloartrosis lumbar L4-L5, sin claro compromiso radicular, pendiente de cirugía en octubre de 2019. Fisura anal en rafe posterior intervenida septiembre de 2019. Limitado para tareas con requerimientos físicos de moderada intensidad».

(70) Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J., *Curso de seguridad social*, p. 404.

beligerancia con la que algunas fiscalías se toman el presunto incumplimiento de este deber, hasta el punto de recurrir en apelación autos de sobreseimiento provisional cuando consta acreditado que a la fecha de celebración de los comicios el designado estaba de baja y dicha situación había sido acreditada documentalmente, como ha sido el caso sobre el que se pronuncia el AAP Cádiz 516/2023, de 12 de diciembre, en el que se ve obligado a recordar el carácter absoluto de esta excusa personal.

En quinto lugar, la Instrucción 6/2011 establece como excusa personal absoluta el embarazo a partir del sexto mes y las bajas por maternidad y paternidad, lo que resulta adecuado a la luz de la necesaria protección y promoción de la natalidad y de la conciliación familiar.

La Instrucción 6/2011 prevé, en sexto lugar, que también será excusa personal absoluta encontrarse privado de libertad por internamiento en un centro penitenciario o en un hospital psiquiátrico. Hasta la reforma operada por Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, el artículo 3 LOREG privaba del derecho de sufragio «a las personas declaradas incapaces en virtud de sentencia judicial firme», siempre que tal privación se recogiese expresamente, y a los «internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que durase su internamiento siempre que en la autorización el Juez declarase expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio». Tras la entrada en vigor de la reforma, las personas anteriormente privadas del derecho de sufragio pasan a formar parte del cuerpo de electores y, en consecuencia, del censo electoral, por lo que también los internos en centros psiquiátricos participan en el sorteo público que escoge a los integrantes de la mesa y será necesario que ellos o sus representantes excusen su inasistencia (71).

En séptimo lugar, y en atención a razones de proporcionalidad, dado que este deber se debe repartir solidariamente entre todos los integrantes de la comunidad, se considera excusa personal absoluta haber formado parte de tres mesas electorales durante los últimos diez años.

En octavo y último lugar, la Instrucción 6/2011 establece que, por razones de seguridad, también será excusa personal absoluta ser víc-

(71) Se estima que la cifra de personas con discapacidad privadas del derecho de sufragio alcanzaba las 100.000 en nuestro país. Sobre ello *vid*. la información del Observatorio Estatal de la Discapacidad: https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/distribucion-territorial-de-las-personas-que-han-estado-privadas-de-su-derecho-al-voto-en-espana-2/ (última visita 15/05/2025)

tima de un delito declarado o presunto en el que se haya dictado una pena o medida cautelar de prohibición de aproximación y el autor esté inscrito en una dirección postal a la que, según en el censo, le corresponda el colegio electoral de la víctima, dado que el cumplimiento del deber cívico podría anular de facto la medida de protección decretada (72).

1.2 Junto con estas, existen otras excusas o causas personales *relativas* que, en atención a las circunstancias, las Juntas Electorales de Zona podrían dar por válidas. Conforme a la Instrucción 6/2011, la mayoría se refieren a situaciones relacionadas con el estado de salud de la persona designada, aunque no exclusivamente.

En primer lugar, se alude a otras dolencias o enfermedades que, aunque no hayan dado lugar a una declaración de incapacidad para el trabajo, impidan o conviertan en difícil o penoso el desempeño de las tareas asociadas al cargo de miembro de la mesa. La casuística es muy variada, por lo que citamos algunos pronunciamientos sin ánimo de exhaustividad. Entre otros, el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 46 de Madrid 718/2025, de 13 de marzo, declara el sobreseimiento provisional de quien presentaba «problemas de índole familiar, espacio temporal y *médica* que no obtuvieron respuesta en plazo por la Junta Electoral de Zona» (cursivas nuestras), ya que la persona designada no se encontraba en España y consta acreditado que acude a revisiones periódicas a causa de una patología que desaconseja su estancia en espacios cerrados o con ventilación limitada, como los colegios electorales. El AAP Barcelona 1310/2024, de 4 de julio, también confirma el sobreseimiento provisional del suplente que no acudió, pero aportó «informe médico de urgencias del mismo día de las elecciones, en el que consta que llegó al centro médico a las 09:41 horas y fue dado de alta a las 12:14 horas y en el que se le diagnostica de síndrome gripal con días de evolución, sin fiebre y con congestión». Asimismo, la STSJ Cataluña 125/2022, de 5 de abril, estima el recurso de apelación y revoca la condena de quien se presentó a las 11:00 horas en el colegio electoral, dado que «sufría en el momento de los hechos de sintomatología ansioso depresiva y

(72) Señala Castro Corredoira, M., «Apuntes al contenido locativo de la pena de alejamiento: la causa de justificación del artículo 27.3 LOREG», *Diario La Ley*, núm. 9218, 2018, p. 2, que se introdujo a sugerencia del Institut Català de les Dones y que supone una «novedosa excepción al carácter locativo de la prohibición de aproximación… pues más que privar al condenado de la posibilidad de acudir al colegio electoral… se blinda la posibilidad de que allí se encuentre la víctima».

que, como tratamiento psicológico, tomaba por prescripción médica fármacos que le podían provocar somnolencia» (73).

En cambio, la SAP Asturias 134/2021, de 21 de abril, confirma la condena de quien, cuatro días antes de las elecciones, se golpeó con un martillo en un dedo. Aunque presentó excusa ante la Junta Electoral de Zona, esta fue desestimada. La defensa alegó que se trataba de la rotura de un dedo que impedía la escritura y la conducción hasta el colegio electoral, pero la AP otorga peso al hecho de que el informe médico no apreció «líneas de fractura claras», siendo el diagnóstico principal «contusión» en la mano. La SAP Barcelona 630/2016, de 23 de septiembre, también condena a quien estaba diagnosticado de «trastorno delirante, enfermedad de Sander», porque el informe forense apunta, entre otros extremos, que se trata de una «persona activa laboralmente, sin que consten bajas recientes por patología psiquiátrica ni tampoco actuaciones disciplinarias en el trabajo». Por su parte, la STS 272/2006, de 20 de febrero, confirma la condena de quien aportó informe médico por «lumbalgia aguda», ya que estaba fechado dos días después de la jornada electoral y no se indicaba el inicio de la dolencia.

En segundo lugar, la Instrucción 6/2011 incorpora como excusa personal relativa ser pensionista por *incapacidad permanente total* para una determinada profesión, si las razones por las que se concedió esa incapacidad concurren y dificultan las funciones de miembro de la mesa electoral (74). Un ejemplo en el que la incapacidad permanente total no justificaría el incumplimiento del deber cívico podría ser la pérdida significativa de visión por quien se desempeña como piloto de aeronaves o como conductor profesional, ya que no sería obstáculo para cumplir las tareas asociadas a la condición de miembro de una mesa electoral.

También se admite como excusa, en tercer lugar, la situación de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural; y, en cuarto lugar, la previsión de intervención quirúrgica o de pruebas clínicas

(73) También la ya mencionada SAP Barcelona 269/2019, de 8 de abril, absuelve a la mujer que no se personó el día de las elecciones ni alegó excusa previamente porque tres meses antes de las elecciones «fue intervenida quirúrgicamente… para artrodesis lumbar de L.4 a S.a y liberación L4-L5 derecha más discectomía L4-L5», estando a la fecha de las elecciones «impedida para el desarrollo de actividades físicas y para la realización de esfuerzos mantenidos».

(74) Conforme al artículo 12 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, «se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, aunque pueda dedicarse a otra distinta».

relevantes durante el día de la votación, en los días inmediatamente anteriores, o el día siguiente. A nuestro juicio, lo razonable sería que, si la intervención o prueba exige un desplazamiento fuera de la provincia o del territorio insular en el que se reside, el plazo se amplíe a dos días cuando tenga lugar tras la celebración de los comicios.

La Instrucción 6/2011 alude también al cambio de la residencia habitual a un lugar situado en otra Comunidad Autónoma cuando, además, se justifique la dificultad de poder formar parte de una mesa electoral. No basta el cambio de residencia dentro del mismo municipio o provincia. La SAP Barcelona 60/2018, de 23 de enero, condena a quien alegó que se había cambiado de domicilio dentro del municipio y «pensó» que la notificación «era una comunicación de dónde debía ir a votar».

Por último, mención especial merece que se haya introducido como excusa personal relativa la pertenencia a confesiones o comunidades religiosas en las que el ideario o el régimen de clausura resulten contrarios o incompatibles con la participación en una mesa electoral. La incorporación de esta excusa es contraria a la posición habitualmente adoptada por nuestra jurisprudencia, por lo que dedicamos las siguientes líneas a exponer el fenómeno y las razones por las que creemos que es desaconsejable tomar en consideración una excusa de esta clase.

Desde que nuestro sistema democrático contemporáneo echara a andar se ha planteado la posibilidad de sustraerse al deber cívico electoral por razones de objeción religiosa o ideológica de la minoría discrepante, pareciera que planteando una suerte de analogía con la objeción de conciencia reconocida constitucionalmente para el servicio militar obligatorio (75). La admisión de esta excusa ha sido reclamada, especialmente, por algunos conciudadanos pertenecientes a los Testigos de

(75) Tamarit Sumalla, J. M., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989, p. 416, propone, incluso, «reducir dicha conducta típica [artículo 143 LOREG] a la categoría de infracción administrativa» con el objetivo de evitar «la disyuntiva "ley o conciencia" planteada en términos de conflicto de intereses, con el fin de llegar a un punto de equilibrio en el que interés jurídico mayoritario pueda convivir pacíficamente con el derecho de la minoría discrepante, o que, al menos, puedan alcanzar ambos su máxima satisfacción»; más recientemente, Silva Sánchez, J. M., «Derecho penal y exclusión social: de la miseria a la identidad religiosa», en Cigüela Sola, J., Martín Lorenzo, M. (Dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudios desde los fundamentos y la teoría del delito*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 263-267, se plantea esta cuestión al hilo del renovado debate sobre la legitimidad del Estado para el castigo del excluido social, cuando afirma que «si el cumplimiento de las normas jurídico-penales les exige cambiar de identidad, entonces están experimentando alguna forma de exclusión», siendo «preciso arbitrar soluciones que permitan evitar la exclusión de los ciudadanos religiosos», como el procedimiento de evitación del conflicto mediante alegación previa que admite la Instrucción 6/2011.

Jehová, para quienes sería contrario a sus creencias participar de la actividad política, lo que incluiría contribuir a que se celebren elecciones democráticas, porque, permítaseme la simplificación, el único gobierno legítimo sería el celestial (76). Este modo de ver las cosas ha encontrado respaldo en algunos trabajos doctrinales, entre los que podemos citar la pionera monografía de Tamarit. Este afirma que «la inexigibilidad de la conducta puede servir, en este sentido, como criterio funcional para la exclusión de la antijuridicidad de algunos hechos delictivos motivados por fuertes imperativos de conciencia», como sería el caso «del testigo de Jehová que se opone a tomar parte en actividades de significado político», lo que daría lugar «a la existencia de una causa legítima para abandonar su cargo», resultando «atípico» su comportamiento (77).

La respuesta que nuestros tribunales han dado a esta pretensión, sin embargo, ha sido denegatoria (78). Es cierto que encontramos algunos pronunciamientos que absuelven a miembros de los Testigos de Jehová que incumplieron el deber cívico, pero ninguna de las absoluciones que hemos podido consultar se fundamenta en la prioridad de una presunta «objeción electoral» sobre dicho deber, sino más bien en que tales convicciones, junto con

(76) Pero no solo. Aunque cuantitativamente son menos, encontramos otras «objeciones» al deber cívico electoral, como la que resuelve la SJP Elche 235/2016, de 2 de junio, que condena a quien no asistió a la mesa electoral «por su desacuerdo con el actual sistema político y electoral, frente al cual propone la autogestión y el asamblearismo»; la SAP Castellón 236/2017, de 16 de junio; o la SAP Tarragona 80/2020, de 28 de febrero.

(77) Tamarit Sumalla, J. M., *La libertad ideológica*, pp. 422-423.

(78) Tras sus respectivos análisis, también llegan a esta conclusión: Flores Mendoza, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, Comares, Granada, 2011, p. 466, «el Tribunal Supremo se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre el tema, manifestándose siempre en contra de la exención de responsabilidad penal en estos supuestos»; Suanzes Pérez, F., «Delitos por abandono o incumplimiento en las mesas electorales», p. 233, «las apelaciones a la libertad ideológica y la objeción de conciencia para no comparecer como integrante de las mesas no han sido aceptadas por los tribunales». En definitiva, para nuestra jurisprudencia el delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral no colisionaría con la dimensión interna ni con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa e ideológica. Conforme a la STC 177/1996, de 11 de noviembre, podemos definir la dimensión interna de la libertad religiosa como aquella que «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso» y la dimensión externa como aquella que «faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros». Esta delimitación se sostiene en términos similares en otros pronunciamientos, como la STC 141/2000, de 29 de mayo. Esta delimitación entre ambas dimensiones es explicada por Cuerda Arnau, M. L., Fernández Hernández, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 122 y ss.

otras circunstancias concurrentes, como el presunto carácter accesorio de los delitos electorales, explicaban en el caso concreto la ausencia de la conciencia de antijuridicidad y justificaban la aplicación del correspondiente error (79).

De este modo, encontramos una línea jurisprudencial consolidada que rechaza la preterición del deber cívico electoral en favor de la presunta integración de la objeción de conciencia como contenido esencial de la libertad religiosa e ideológica (80). Ya hace casi treinta

(79) Entre otras, la STS de 30 de enero de 1979 confirma la absolución, pero recuerda que las creencias religiosas son «móviles que, por sí solos, no tienen operatividad para eliminar el dolo que la infracción criminal» exige. Crítico con el modo de proceder de esta sentencia: TAMARIT SUMALLA, J. M., *La libertad ideológica*, pp. 382-385. También podemos citar la STS de 29 de septiembre de 1993, que confirma la absolución de instancia en los siguientes términos: «el hecho realizado por los acusados está tipificado en la Ley electoral como delito, pero, aplicando el sistema culpabilístico que impera en nuestro ordenamiento penal, se estima que la infracción penal no existió. En efecto, los acusados estimaron que con su comportamiento ejercitaban su libertad religiosa e ideológica y que, atendida la condición de ésta como derecho fundamental, habría de prevalecer sobre la que establecía la Ley Electoral». Por su parte, la SAP Barcelona 31/1998, de 28 de octubre, casada posteriormente, aplica en base a dos razones el error de prohibición invencible a la mujer miembro de los Testigos de Jehová que no asistió: (i) debido «a su particular entendimiento de sus creencias religiosas», y (ii) a que no consta acreditado que «en la documentación recibida se contuviese información puntual sobre las consecuencias jurídico-penales del incumplimiento de las obligaciones del cargo».

(80) Esta línea jurisprudencial parece acomodarse a lo señalado por la STC 160/1987, de 27 de octubre, cuando afirma que el derecho a la objeción de conciencia constituye «una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el artículo 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (artículo 16 C. E.) que, por sí mismo, *no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o "subconstitucionales" por motivos de conciencia*, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos» (cursivas nuestras). Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., «Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 117 y 124, «el derecho a la objeción de conciencia, con carácter general, es expresión del derecho fundamental a la libertad de conciencia… la objeción de conciencia tiene, por consiguiente, la naturaleza jurídica de derecho constitucional»; LUZÓN PEÑA, D. M., «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», *Revista de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 137, «parece preferible la posición que interpreta que esas [las objeciones previstas en la CE y en la legislación de desarrollo] son concreciones expresas y ejemplificativas del derecho más general a la objeción de conciencia, que se puede admitir como faceta de la libertad de conciencia, a su vez emanación del derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de creencias reconocido en el artículo 16 CE, siempre y cuando respete los límites del mismo».

años expresaba con claridad esta tesis la STS 1231/1997, de 6 de octubre, cuando afirmaba que «no puede ser suficiente la mera excusa de ideas políticas o de pertenencia a un credo religioso determinado» para sustraerse a tal deber, dada «la trascendente importancia del correcto funcionamiento» del sistema electoral. En palabras de la STS 1301/1998, de 28 de octubre, «la vigencia de las normas jurídicas no puede quedar condicionada a la aprobación que de ellas pueda hacer cada ciudadano» (81). Nuestro Tribunal Supremo recuerda que el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa garantiza no soportar discriminación o limitaciones de derechos «por razón de la ideología o de las creencias», pero las convicciones de cada ciudadano no se podrían aducir para facilitar la sustracción a deberes legales de solidaridad, como el deber cívico electoral (82).

En este sentido, la jurisprudencia acude en ocasiones a dos argumentos más para reforzar dicha tesis, a saber, el argumento de la *neutralidad* y el argumento *probatorio*.

Por un lado, algunos pronunciamientos sostienen que la participación como miembro de una mesa electoral es un acto neutro o no político, porque no convierte el derecho de voto en un deber ni obliga a pronunciarse a favor o en contra de ninguna opción ideológica (83). El argumento de la neutralidad no resulta persuasivo porque parece negar lo evidente, esto es, que el sistema democrático y la celebración de elecciones es en sí el resultado de una decisión política, a cuyo mantenimiento se está obligando a colaborar al ciudadano designado como miembro de la mesa.

Por otro lado, algunas sentencias condenan o confirman la condena de instancia por un problema de prueba, porque los acusados no consiguen demostrar que son miembros de una confesión o que dicho credo contiene un dogma que prohíbe participar en procesos electora-

(81) Crítico con esta sentencia y a favor de la apreciación de objeciones de conciencia, Álvarez Prieto, L., «La objeción de conciencia a formar parte de una mesa electoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 2.ª, de 28 de octubre de 1998», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 57, núm. 148, 2000, pp. 130 y ss.

(82) En este sentido, STS 1054/2004, de 4 de octubre.

(83) Entre otras, SAP Tarragona 80/2020, de 28 de febrero, «la objeción de conciencia de carácter constitucional está limitada en nuestro Derecho al no cumplimiento del servicio militar y no puede extenderse a formar parte de una Mesa electoral que permite, por otra parte, la más completa *neutralidad política*, ya que el voto no es obligatorio» (cursivas nuestras); STS 466/1995, de 27 de marzo, «intervención esta que… no atenta contra la *neutralidad política*» (cursivas nuestras); STS 753/1993, de 30 de marzo, «la incorporación a una Mesa electoral no solamente no atenta contra la *neutralidad política* que se invoca sino que, en cierto modo, coadyuva a la evitación de interferencias partidistas en el desarrollo de los comicios» (cursivas nuestras).

les (84). El argumento probatorio llegó incluso a justificar que se admitiera como testifical ante la Audiencia Provincial de Barcelona la intervención de un ministro del culto de los Testigos de Jehová, al que se preguntó si habría algún tipo de reproche para los fieles que intervienen en el proceso electoral (85). Este modo de ver las cosas, *a sensu contrario*, obliga a admitir la excusa si el creyente objetor es capaz de demostrar que uno de los dogmas de su confesión prohíbe contribuir al desarrollo del procedimiento electoral, lo que rechazamos. Supone una comprensión de la libertad ideológica y religiosa difícilmente reconciliable con los deberes de colaboración al mantenimiento del Estado democrático de Derecho y podría conllevar la quiebra del principio de igualdad, ya que el argumento probatorio parte de una imagen reduccionista de la espiritualidad, pareciera que solo seriamente ejercitada si se adhiere a confesiones altamente institucionalizadas y en las que los dogmas se encuentran documentados y se pueden acreditar. Pensamos que esto no tiene cabida en nuestro Estado aconfesional. O se es consecuente y se concede una «objeción electoral» a todo individuo que así lo declare, pues la fe y las convicciones son algo que pertenece a nuestro fuero interno y no se tiene por qué dar indicios probatorios de su veracidad al Estado, o se reconoce, con nuestra jurisdicción ordinaria y constitucional, que la libertad reli-

(84) Entre otras, STS 2814/1992, de 23 de diciembre, «hay que destacar que ha quedado sin demostrar: 1) que el recurrente sea miembro del grupo religioso denominado "Testigos de Jehová", 2) que los miembros de tal creencia tengan prohibido el participar en los procesos electorales y, en el caso de que así ocurriera, que sus creencias y doctrina las prohíben e impiden la participación como Presidente o Vocal de Mesa, habida cuenta que en nuestra normativa vigente no es preceptivo el voto, [y] 3) que el citado recurrente sea "objetor de conciencia" precisamente en la actividad electoral»; STS 753/1993, de 30 de marzo, «no consta justificación documental alguna de la pertenencia del recurrente a la confesión religiosa que se invoca»; SAP Barcelona 31/1994, de 19 de enero, «no puede ser suficiente la mera excusa de pertenencia a un determinado credo religioso y a la personal decisión de objeción de conciencia a la actividad electoral, cuando tal excusa está carente de la más leve justificación o acreditamiento»; STS 1209/1994, de 8 de junio, «es indudable que si las creencias religiosas de la acusada le vedan el formar parte de una mesa electoral, tendría que haber acreditado que a los miembros del grupo religioso al que pertenece les está prohibido participar en procesos electorales»; STS 2265/1994, de 27 de diciembre, «se hacía necesario que la recurrente demostrara no sólo su pertenencia a la convicción religiosa de los "Testigos de Jehová", sino también que esa convicción le prohíbe fundadamente y en base a los dogmas en que se asienta participar en un proceso electoral, no sólo activa y partidistamente…, sino también cívicamente, cooperando al funcionamiento de la sociedad en que está integrada con una actitud imparcial».

(85) SAP Barcelona 31/1994, de 19 de enero: más allá de lo acertado del interrogatorio, este afirmó que en el caso examinado la inasistencia había sido una decisión del acusado «íntima, personal y libre, fruto de la propia reflexión sobre los textos bíblicos, sin que resulte de ningún mandamiento de la propia institución confesional».

giosa e ideológica no son absolutas, que no incorporan en su núcleo un genérico derecho a la objeción de conciencia que encuentre traslado en el sistema penal y que la comunidad democrática en la que podemos disfrutar de tales libertades legítimamente nos reclama durante la celebración de las elecciones un deber cívico de colaboración al que no podemos sustraernos alegando, precisamente, su abusivo ejercicio (86).

Creemos que el irrenunciable respeto a la minoría discrepante y la referencia al argumento probatorio en los pronunciamientos que acabamos de citar han ejercido una notable influencia en la Junta Electoral Central, lo que explica que la Instrucción 6/2011 haya acogido dicha excusa, precisamente, con la condición de que el interesado acredite la pertenencia a tales comunidades y, en caso de que el dogma no sea conocido por notoriedad, justifique los motivos de objeción o incompatibilidad.

La discusión que subyace a esta posible excusa se inserta en un debate cuyo riguroso tratamiento excede los propósitos del presente trabajo (87). No obstante, sí queremos dejar anotadas tres ideas que nos disuaden de explorar esa línea argumental.

En primer lugar, acudimos a un *argumento de Derecho positivo*. A la vista de la jurisprudencia ordinaria mayoritaria y de algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, no creemos que sea una interpretación ampliamente aceptada que, en el ordenamiento español, sea posible la derivación de presuntos derechos a la objeción de conciencia en materias que no lo han regulado expresamente, como ocurre en el ámbito electoral (88). En este sentido, Bockelmann hace ya varias décadas: «cuando en casos excepcionales un privilegio de esta clase deba tener lugar, se requiere una disposición específica [*Sondervorschift*]» (89).

---

(86) En este sentido, la STS 1095/2007, de 28 de diciembre: «como ciudadano integrante del cuerpo social se halla moral y jurídicamente obligado a aceptar las normas esenciales que mantienen, con orden, libertad y justicia, la estructura de la sociedad en la que vive y de la que también recibe los beneficios como cualquier otro ciudadano».

(87) En profundidad, Tamarit Sumalla, J. M., *La libertad ideológica*, pp. 339 y ss.

(88) De otra opinión: Corcoy Bidasolo, M., «Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia», pp. 121-122, «de acuerdo con una línea jurisprudencial constitucional, el derecho a la objeción de conciencia puede ser ejercido con independencia de que exista regulación positiva que desarrolle ese derecho en un determinado ámbito»; Luzón Peña, D. M., «Actuación en conciencia y objeción de conciencia», p. 138, se refiere a la «la admisibilidad de concretos derechos de objeción de conciencia moral».

(89) Bockelmann, P., «Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern», en Stratenwerth, G., *et. al.* (Ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Walter de Gruyter, Berlín, 1974, p. 555.

En segundo lugar, creemos que quienes sostienen la posibilidad de derivar concretos derechos de objeción de conciencia no reconocidos expresamente incurren en cierta *circularidad argumental*, lo que debilita su pretensión de proteger a la minoría discrepante (90). Los autores que se inclinan por adaptar el sistema penal para introducir algún tipo de consecuencia lenitiva a la comisión de un delito en el que concurra una motivación de tipo ideológico (en sentido amplio) no llevan hasta el final su opinión y suelen negar que dicha atenuación pueda ser generalizada. Reconocen que ello sería contrario a «la misma naturaleza del orden jurídico» y al principio de igualdad (91). Pero si esto es así, entonces volvemos al punto de partida. La interpretación que se pueda realizar en sede de la teoría jurídica del delito no podrá amparar todas las objeciones, sino solo las «legítimas», por lo que la objeción de conciencia admisible no estará muy alejada del sentir mayoritario de la comunidad jurídica y de la mayoría social. De este modo, las objeciones aceptadas resultará que son aquellas sobre las que hay cierto consenso, por ser compartidas por minorías no tan minoritarias, si se quiere, serán compromisos políticos (92), como el que justificó el reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio en el artículo 30.2 CE o el que justifica la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo previsto en el artículo 19 bis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Por tanto, no advertimos que se trate de un modo de proceder tan genuinamente respetuoso con las minorías porque se ve obligado a seleccionar entre objeciones de conciencia admisibles y no admisibles

(90) Corcoy Bidasolo, M., «Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia», p. 117, «el respeto de los principios de libertad y tolerancia determinan la obligación de respetar a las minorías y, en consecuencia, la defensa del pluralismo ideológico».

(91) Tamarit Sumalla, J. M., *La libertad ideológica*, p. 390; similar, Luzón Peña, D. M., «Actuación en conciencia y objeción de conciencia», p. 135, «no se trata de un derecho general a la desobediencia, a negarse a cumplir mandatos jurídicos, lo que, como se señala frecuentemente, significaría la falta de obligatoriedad y vigencia del ordenamiento jurídico a discreción de los particulares, sino de un derecho limitado a supuestos excepcionales».

(92) En este sentido, Peces-Barba Martínez, G., «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Anuario de derechos humanos,* núm. 5, 1989, p. 173, «la objeción de conciencia tiene, en resumen, su implantación en aquellas situaciones de una obligación general legítima pero cuestionada por sectores que tengan un punto de vista sobre la misma, que no es suficiente para provocar, en aquel momento histórico, una descalificación general, pero sí para pretender una excepción que desvincule de la obediencia a quienes la sostienen, apoyada en la libertad ideológica y religiosa».

para evitar la quiebra del principio general de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, por lo que incurre en cierta circularidad, ya que la defensa de la minoría frente a la mayoría se hace depender de un sentir no tan minoritario.

Este modo de ver las cosas nos lleva a la tercera idea que queríamos mencionar. Tenemos la impresión de que la discusión sobre otros posibles derechos de objeción de conciencia, más allá de los expresamente regulados, no debemos esconderla tras el ropaje dogmático que nos proporcionan las instituciones de la teoría jurídica del delito, sino que debemos reconocer que es un debate estrictamente político-criminal (93). La reflexión sobre el reconocimiento de la objeción de conciencia en otras materias, como la electoral, es relevante en una sociedad plural como la española, pero el destinatario de tales esfuerzos argumentales no es el aplicador del ordenamiento, sino el legislador. No nos encontramos ante un ejercicio de dogmática en el que reflexionemos sobre lo que «dice» el Derecho penal (94), sino ante una pretensión política de reconfigurarlo. De modo que, si no queremos dar alas a la exagerada crítica que nos acusa de embestir el principio democrático (95), entonces debemos admitir que *de lege lata* no existe un derecho a la objeción de conciencia en el ámbito electoral y que es el legislador el que, en su caso, debería configurarlo. Desde luego, la doctrina penal puede contribuir legítimamente a esa discusión, pues entre sus cometidos está la política-criminal, pero lo que no

(93) Este enfoque de la discusión, a nuestro juicio excesivamente creador, se puede ver como un resultado más de la subordinación de la política criminal al sistema de responsabilidad penal que advierte Díez Ripollés, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021, pp. 20 y 22: la política criminal «se pone al servicio del derecho penal, más exactamente al servicio de la dogmática interpretativa del derecho vigente», «el intérprete puede ir más allá de lo plasmado por el legislador en la ley, tanto para lograr interpretaciones conformes con la constitución o con la naturaleza expansiva de la teoría de los derechos fundamentales, como para coincidir con el consenso jurídico-penal ilustrado radicado en la doctrina nacional e internacional».

(94) Gimbernat Ordeig, E., *Concepto y método en la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 36.

(95) Sobre esta *vid*. Coca Vila, I., «Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung», en Staffler, L., *et. al.* (Ed.), *Strafrecht und Demokratie*, Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 103-104, «el origen democrático de una ley (penal) no la inmuniza contra las críticas de los profesores de derecho penal ni impide en modo alguno un debate sobre su corrección material», añadimos, siempre que tengamos presente que no nos movemos en el plano de la dogmática.

debería es disimular su participación en esta a través de la reflexión dogmática (96).

Señalado lo anterior, quedan expresadas las razones por las que compartimos el sentido de la línea jurisprudencial mayoritaria. Asimismo, nos aventuramos a participar apriorísticamente en la discusión político-criminal. Pensamos que no es recomendable la admisión de esta excusa. Una cosa es el compromiso de erradicar el sentido de marginación que sufren y han sufrido a lo largo de la historia ciertos grupos minoritarios y otra cosa distinta es olvidar que deben existir límites a las demandas identitarias en forma de respeto a los derechos fundamentales y, como en esta materia, a deberes cívicos imprescindibles para la convivencia en una sociedad plural que requiere del cauce democrático para formar su voluntad (97). Hacemos una lectura en este sentido de algunas de las afirmaciones sostenidas recientemente por Ripollés (98). Este señala que, en la actualidad, la protección penal de los «intereses identitarios» de ciertos grupos así identificados no desatiende por completo «los intereses generales, propios del conjunto de la sociedad», pero advierte que sí los condiciona, «pasamos

(96) Creemos que tiene plena vigencia en esta materia la afirmación sostenida por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del artículo 318 bis CP en clave de legitimidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008, p. 8, al hilo de la interpretación del delito de ayuda a la inmigración irregular: «empeñarse» en extraer objeciones de conciencia allende los supuestos expresamente regulados supone «forzar excesivamente los instrumentos interpretativos propios de la dogmática y, en definitiva, suplantar la voluntad del legislador por la voluntad del intérprete».

(97) TAYLOR, C., *Multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, Fondo de Cultura Económica, Sevilla, 2003, p. 94, «el desafío consiste en enfrentarse a su sentido de marginación sin comprometer nuestros principios políticos fundamentales».

(98) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 26, 2024, pp. 27 y ss., adviértase que, a diferencia de lo sostenido en este trabajo, en el que se critica que las identidades colectivas puedan ser una vía de escape a deberes cívicos fundamentales tutelados por el ordenamiento penal, Ripollés lo que pone en duda es la conveniencia de algunos desarrollos recientes en la legislación penal, pero no para reclamar más intervención punitiva, sino al contrario: «conviene tener presente que la consecución de condiciones efectivas de igualdad entre todos los ciudadanos transita mayoritariamente por vías ajenas a la política criminal» (p. 28), «su empleo debe limitarse a prevenir conductas que una amplia mayoría social considera gravemente dañosas e inaceptables y que, por eso mismo, tienen una prevalencia limitada en nuestra sociedad. Solo cuando ciertos comportamientos sociales adquieren ese estatus pueden ser perseguidos penalmente. Lo contrario está sentando las bases de un estado autoritario» (p. 29), o «la política criminal debe tener buen cuidado de no hacer tomar partido al derecho penal en debates ideológicos sobre los que aún no se ha decantado una amplia mayoría social» (p. 30).

así del estado socioliberal al estado sociocomunitario, en el que la lucha o pugna de identidades, remedo de la lucha de clases, consigue que los intereses comunitarios, identitarios, puedan llegar a reclamar una legitimidad superior a la de los intereses generales» (99).

La incorporación de esta excusa por la Junta Electoral Central es un fiel reflejo de esa legitimidad superior o prioridad axiológica que se otorga a una identidad colectiva, en este caso, religiosa, sobre el interés general, lo que nos parece cuestionable como opción política porque quiebra el universalismo que debe reinar en la solución dada por el Derecho penal a los conflictos que ordenan la base misma de la sociedad en la que participamos (100).

2. En conclusión, las excusas personales a las que alude la Junta Electoral Central pueden ser tanto absolutas como relativas. Emitimos un juicio de valor positivo sobre casi todas ellas, ya que compartimos que no se ha de mantener en vigor un deber de solidaridad de esta naturaleza en las situaciones referidas. Únicamente nos pronunciamos en contra de la excusa relativa a la pertenencia a confesiones o comunidades religiosas en las que el ideario o el régimen de clausura resulten contrarios o incompatibles con la participación en una mesa electoral. Entendemos que cualquier presunta objeción de conciencia a la que se quiera atribuir el efecto excluyente de la relevancia penal del comportamiento debe aparecer recogida expresamente en la legislación, lo que no sucede en este último caso. Por último, debemos insistir en que la clasificación que formula la Instrucción 6/2011 es *numerus apertus* y que es posible la admisión de otras excusas (101).

2. **Excusas por responsabilidades familiares**

1. Las excusas por responsabilidades familiares son causas asociadas en la mayoría de supuestos al cumplimiento de otros deberes familiares de cuidado a los que se otorga prioridad planteado el conflicto con el deber cívico electoral. Del mismo modo que con las excu-

(99) Díez Ripollés, J. L., «Los colectivos identitarios», p. 36.

(100) Lo que no es incompatible con que, a través de otras ramas del ordenamiento, se lleven a cabo políticas públicas que atiendan a las particularidades y, en su caso, a la situación de discriminación, vulnerabilidad o desventaja de ciertas personas identificadas por algún rasgo que nos permitan tratarlas como colectivo o grupo identitario.

(101) En este sentido, el Acuerdo 675/2003, de 10 de noviembre, de la Junta Electoral Central, señala que «quienes sean designados interventores para Mesa distinta de aquella en cuyo censo electoral están inscritos deben considerarse excusados de la función de miembros titulares o suplentes de dicha Mesa electoral censal».

sas personales, la Instrucción 6/2011 recoge algunas excusas absolutas y otras relativas.

1.1 La primera excusa absoluta por responsabilidad familiar es el cuidado del lactante (hasta 9 o 12 meses, según los casos) por sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Esta excusa se acredita mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, así como mediante fotocopia del libro de familia o certificación del encargado del Registro Civil.

En segundo lugar, se prevé el cuidado directo y continuo, por razones de guarda legal, de menores de doce años o de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial. Se acredita mediante copia del escrito en que se reconozca la reducción de jornada de trabajo prevista para tal finalidad en el artículo 37.6 ET o en la normativa equivalente aplicable a los funcionarios públicos, o bien mediante certificación de las unidades responsables de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma o de la entidad local correspondiente.

Y, en tercer lugar, la Instrucción 6/2011 establece que será excusa absoluta por responsabilidad familiar el cuidado directo y continuo de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos. La acreditación se llevará del mismo modo que para el supuesto de cuidado directo y continuo de menores de doce años.

1.2 En cuanto a las excusas relativas por responsabilidades familiares, la Instrucción 6/2011 prevé dos.

Por un lado, la concurrencia el día de la elección de eventos familiares de especial relevancia, que resulten inaplazables o en los que el aplazamiento provoque perjuicios económicos importantes, siempre que el interesado sea el protagonista o guarde con este una relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad. El interesado debe acreditar documentalmente la previsión de celebración del evento y su carácter inaplazable o los perjuicios económicos en caso de suspensión.

En este sentido, la SAP Alicante 3/2016, de 8 de enero, confirma la condena de instancia a la mujer que, aunque se presentó al acto de constitución de la mesa electoral, se negó a formar parte de esta porque ese día tenía la comunión de una prima, condena que se justifica por tratarse de un familiar en cuarto grado de consanguinidad. Junto con las comuniones, otros eventos familiares de especial relevancia cuyo aplazamiento puede provocar perjuicios económicos son también las bodas y bautizos.

Más dudas han suscitado los viajes, hasta el punto de que, con ocasión de las elecciones generales celebradas en julio de 2023, la Junta

Electoral Central se vio forzada a adoptar el Acuerdo 329/2023, de 8 junio, en el que se dispuso que «*exclusivamente en el presente proceso electoral*, las Juntas Electorales de Zona competentes deberán valorar, a los efectos previstos en el artículo 27.3 de la LOREG, la viabilidad de la excusa consistente en que el día de la jornada electoral coincida con un desplazamiento o estancia de carácter vacacional que haya ocasionado contrataciones anteriores a la convocatoria de las elecciones, y cuya cancelación ocasione un perjuicio económico o un trastorno grave al solicitante» (cursivas nuestras). A nuestro juicio, el criterio del Acuerdo 329/2023 debería ser el que rija para todos los comicios, porque no se advierte ninguna razón de peso para tensar el principio de igualdad y dar un trato favorable únicamente a aquellos ciudadanos que pueden permitirse la organización previa de un viaje en temporada alta y no a aquellos que organizan sus desplazamientos en otras fechas del año. Parece razonable que, cualquiera que sea la fecha de las elecciones, se admita como excusa que alguien haya contratado un viaje o paquete turístico antes de la publicación de la convocatoria y se vea sorprendido *a posteriori* con la designación en el sorteo si su cancelación implica un perjuicio económico. Este criterio no es ajeno a la práctica y encontramos pronunciamientos previos en este sentido, como la SAP Barcelona 143/2006, de 6 de febrero, que absuelve a la acusada que tenía planeado desde hacía semanas un viaje con su parroquia a Roma, donde iban a ser recibidos por el Papa, y el domingo de las elecciones no se encontraba en Barcelona.

Por otro lado, también se admite como excusa la condición de madre o padre de menores de catorce años, cuando se acredite que se trata de una familia monoparental o que el otro progenitor no puede ocuparse del menor durante la jornada electoral. En este sentido, la SAP Barcelona 186/2011, de 4 de marzo, absuelve a la madre que no acudió al colegio electoral hasta las 15:00 horas «por encontrarse enfermo su hijo de dos años y no ser hasta esa hora que pudo contar con la colaboración desinteresada de su abuela». La Instrucción 6/2011 añade que «estas circunstancias deberán acreditarse documentalmente», lo que explica que la STSJ Cataluña 69/2019, de 27 de mayo, desestime el recurso de apelación de la persona condenada en instancia que había alegado, entre otras cosas, que «no tuvo voluntad de incumplir, sino solo de anteponer el cuidado de sus hijos menores a los que no tenía con quien dejar». El TSJ Cataluña afea a la defensa una insuficiente «acreditación» de la situación, ya que «no propuso prueba alguna salvo la declaración de la acusada, que se limitó a hacer referencia imprecisa e indocumentada» a las presuntas razones por las que no asistió.

3. **Excusas por responsabilidades profesionales**

1. En último lugar, la Instrucción 6/2011 hace referencia a las causas que excluyen la responsabilidad por motivos profesionales. A diferencia de las excusas personales y por responsabilidades familiares, las profesionales se configuran siempre como excusas relativas.

En primer lugar, se podrá excusar a quienes durante el día de la votación deban prestar sus servicios a las Juntas Electorales, a los Juzgados y a las Administraciones Públicas que tengan encomendadas funciones electorales, como los representantes de la administración designados por los Delegados y Subdelegados del Gobierno para ofrecer, durante toda la jornada electoral, la asistencia necesaria a la mesa electoral, siempre con carácter auxiliar y bajo su autoridad. La Instrucción 6/2011 apunta que, en estos supuestos, la acreditación consistirá en el informe de los responsables de los respectivos órganos donde se detallarán las dificultades para sustituir al interesado en la jornada electoral (102).

También se admite como excusa, en segundo lugar, la prestación durante la jornada electoral de servicios esenciales de la comunidad de importancia vital, como los de carácter médico, sanitario, bomberos, de protección civil, etc. La justificación consistirá en un informe emitido por el responsable del servicio, en el que se detallarán los motivos que impidan o hagan particularmente difícil la sustitución del interesado durante la jornada electoral.

En tercer lugar, se pueden excusar los directores de medios de comunicación de información general y los jefes de los servicios informativos que deban cubrir la jornada electoral.

Y, en cuarto lugar, se podrá excusar a los profesionales que deban participar en acontecimientos públicos a celebrar el día de la votación, que estén previstos con anterioridad a la convocatoria electoral, cuando el interesado no pueda ser sustituido y su no participación obligue a suspender el acontecimiento, produciendo perjuicios económicos relevantes. Estas circunstancias deberán acreditarse documentalmente.

2. En general, la jurisprudencia suele ser bastante estricta y no admite fácilmente excusas profesionales (103). Así, entre otras, en

(102) Se entienden incluidos en esta causa los notarios que deban realizar en la jornada electoral las funciones previstas en el artículo 91.5 LOREG.

(103) Esta postura restrictiva contrasta con la deferencia de las Juntas Electorales de Zona respecto de ciertas profesiones que advierte García Soriano, M. V., «Reflexión sobre la actual regulación de las Mesas Electorales», p. 148, «nos encontramos con que los "usos y costumbres" de las JJEZ han determinado que ciertas

sentido condenatorio podemos mencionar la SAP Barcelona 272/2015, de 17 de marzo, que condena a un peón de obra que se quedó trabajando en Montpellier, pese a ser correctamente notificado; la SAP Barcelona de 11 de junio de 2014, que condena a quien se encontraba en Zaragoza asistiendo a un curso de hostelería; la STS 1465/2002, de 16 de septiembre, que confirma la condena al arquitecto que trató de justificar que no podía asistir porque el domingo de las elecciones estaba terminando una obra en Salou; o la SAP Barcelona de 11 de mayo de 1995, que condena a quien «no acredita con el suficiente rigor su alegato efectuado en el juicio oral, relativo a su condición de ministro de culto de testigos de Jehová y a que el día de las elecciones celebrara culto como ministro en el Salón del Consejo de Ciento siendo su asistencia en este concepto, imprescindible e insustituible».

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES: CONDICIONANTES CULTURALES, ATENUACIÓN POR DILACIONES INDEBIDAS Y NATURALEZA DE LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO

1. Antes de concluir, nos gustaría referirnos a tres cuestiones más que se justifican porque encuentran impacto en la práctica forense, a saber, la posibilidad de apreciar el error de prohibición por condicionantes culturales, la aplicación que se viene haciendo de la atenuante de dilaciones indebidas y la controvertida naturaleza de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

1.1 En primer lugar, creemos que no hay mucho espacio para la aplicación del error de prohibición por déficits en el proceso de socialización o idiomáticos. No obstante, debemos realizar alguna precisión.

El artículo 2 LOREG establece que los españoles mayores de edad pueden ejercer el derecho de voto en todas las elecciones (europeas, generales y municipales) (104). Las personas que procedan de otro país podrán participar si han adquirido previamente la nacionalidad española, lo que opera como presunción de una mínima socialización y conocimiento idiomático, de que no son ciudadanos que se encuen-

---

excusas han de ser aceptadas: por ejemplo, las de autónomos como churreros, taxistas, restauradores, etc., porque no hay quien pueda sustituirles para realizar su trabajo y dejar de hacerlo le supondría unas pérdidas económicas considerables».

(104) Lo que se extiende a las elecciones autonómicas conforme a la Disposición Adicional Primera.

tran «extramuros» de las reglas básicas de convivencia, lo que, a nuestro juicio, reduce enormemente la posibilidad de aplicar el error de prohibición por estas circunstancias. En este sentido, la SAP Barcelona 51/2020, de 9 de marzo, condena por su inasistencia al ciudadano de origen filipino que «trabaja en España desde hace al menos tres años y se ha nacionalizado español, sin que tampoco conste que padezca algún déficit cognitivo que le impida comunicarse en la lengua oficial, por lo que resulta palmario que tiene el suficiente conocimiento idiomático como para comprender lo que en la citación se le comunicaba, y recursos bastantes para, en caso de duda, aclarar el contenido de la misma».

Excepcionalmente hemos encontrado alguna absolución por concurrir error de tipo, aunque los argumentos de la defensa no se alejen del de prohibición. Así, la SAP Barcelona 179/2016, de 3 de marzo, absuelve a una mujer de origen indio, que había adquirido recientemente la nacionalidad española, porque no tenía un «dominio suficiente del idioma español» y pensó que la notificación recibida le informaba de su derecho a votar. Sostiene la defensa que la acusada no pudo comprender que el documento contenía un nombramiento admonitorio para que participara en la mesa, algo que además «en su cultura y en su país es impensable para una ama de casa», lo que le llevó a no comprender el sentido de la documentación recibida. A juicio de la AP, el comportamiento queda impune porque nos encontramos ante un error de tipo vencible: «medió un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, tradicionalmente conocido como error de tipo, que habrá de conducir a la absolución de la misma».

Como decimos, parece difícilmente concebible que alguien «extramuros» de nuestras normas básicas de convivencia pueda obtener la nacionalidad, de modo que la aplicación del error de prohibición a cualquier español debería ser excepcional (105).

Junto con lo anterior, es relevante que en algunas elecciones también puedan participar ciudadanos sin nacionalidad española. El artículo 176 LOREG señala que, en las elecciones municipales, pueden ejercer el derecho de sufragio los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado, así como los ciudadanos de un país miembro de la Unión Europea. Y el artículo 210 LOREG apunta que en las elecciones al Parlamento Europeo podrán votar los

(105) Tampoco concede el error de prohibición la SAP Barcelona 60/2001, de 16 de enero, que condena a quien no asistió porque «la acusada en el acto del juicio reconoció que con anterioridad había sido miembro de una mesa electoral, consecuentemente, ya conocía cuál era el contenido de sus obligaciones».

ciudadanos de la Unión Europea y quienes reúnan los requisitos para ser elector exigidos por la LOREG para los españoles y gocen del derecho de sufragio activo en el Estado miembro de origen, siempre que hayan optado por votar en España.

Nos resultan difícilmente imaginables supuestos indubitados de falta de conocimiento por condicionamiento cultural, porque la cláusula de reciprocidad para nacionales de terceros Estados y la adhesión a la Unión Europea trae consigo que los residentes a los que se reconoce el derecho de sufragio procedan de sociedades democráticas, de modo que están familiarizados con algún tipo de procedimiento electoral (106). Con todo, podría existir algo más de espacio para aplicar el error de prohibición porque ni la residencia fruto de la libertad de movimiento dentro de la Unión, ni la obtención de un permiso de residencia permiten presumir la integración mínima que sí se puede anudar a la obtención de la nacionalidad. Además, puede que la regulación del deber cívico electoral, como así sucede, sea diferente a la nuestra en aquellos países de origen. De modo que no nos parecen descartables supuestos de falta de conocimiento (vencible) de la antijuridicidad del comportamiento omisivo.

1.2 En segundo lugar, resulta oportuno dejar anotado que en la práctica no se suelen apreciar agravantes o circunstancias atenuantes, en buena medida porque se protege un bien jurídico colectivo, salvo algún supuesto en el que se aplican las dilaciones indebidas (107) por-

(106) No parece que las situaciones imaginables respondan a aquellos supuestos analizados por Olaizola Nogales, I., «La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, p. 11, «en los que el esfuerzo de comprensión –interiorización de la norma- se ve muy dificultado por sus condicionamientos culturales», no estamos ante «supuestos en los que el sujeto conoce que la conducta que realiza está prohibida, pero no tiene interiorizada la valoración negativa de ella» (y a los que propone aplicar una atenuante analógica al error de prohibición), sino ante supuestos en los que el residente extranjero tiene algún déficit de conocimiento de la antijuridicidad. La omisión no se dará en estos casos por falta de interiorización del deber cívico electoral, que es a lo que se parece aludir con el término error de prohibición *culturalmente condicionado*, sino por el desconocimiento de nuestra regulación electoral, de modo que estaríamos ante un error directo de prohibición que, según Monge Fernández, A., *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 90, se puede definir como aquel «que recae sobre la norma misma, es decir, sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva» e incluye «los casos de ignorancia del agente acerca del deber jurídico que le incumbe».

(107) Oubiña Barbolla, S., «Dilaciones indebidas», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016, p. 254, recuerda que «un proceso sin dilaciones indebidas es aquél que se desenvuelve en condiciones normales, dentro del tiempo razonable o prudencial y en el que los intereses litigiosos pueden recibir una pronta satisfacción», ahora bien, «la dilación indebida no se produce por el mero incumpli-

que los procedimientos concernientes al abandono o incumplimiento en mesa electoral suelen tener escasa complejidad y no justifican la demora, ya sea teniendo en cuenta el cómputo global o su dilación excesiva en una concreta fase.

Así, la SAP Barcelona 124/2013, de 12 de febrero, aplica dicha atenuante teniendo en cuenta que la apertura del juicio oral tardó seis años desde la fecha de los hechos, sin que se pudiera justificar en la complejidad del caso o en la actuación de la parte acusada. También la SAP Málaga 751/2009, de 28 de diciembre, estima el motivo de apelación y entiende que la dilación de más de cuatro años entre instrucción y enjuiciamiento no estuvo justificada: «los hechos datan del año 2004 y no han sido enjuiciados hasta el año 2008. Es cierto que al inicio de la instrucción existió una demora considerable por la abstención de dos Titulares de los Juzgados de Instrucción, pero no hay que olvidar que al Juzgado de lo Penal llegó la causa en fecha 9 de mayo de 2007, se fijó un primer señalamiento para el día 24 de octubre de 2007» que no se celebró por renuncia del letrado del hoy recurrente y la nueva fecha para la vista oral se fijó un año después para el 27 de octubre de 2008, siendo dictada la sentencia en enero de 2009. El retraso se entiende excesivo. Similar, la SAP Madrid 768/2006, de 2 de octubre, que confirma en apelación la aplicación cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas porque «el análisis del cronograma del procedimiento nos indica que siendo razonable la duración del procedimiento mientras el mismo estuvo en el Juzgado de Instrucción [6 meses] no lo fue durante los casi dos años en los cuales el procedimiento estuvo simplemente, sin trámite procesal alguno, en espera de señalamiento del juicio oral»; o la SAP Tarragona de 14 de noviembre de 2003, que reconoce la dilación indebida porque los hechos databan de junio de 1999 y el juicio se celebró cuatro años más tarde, sin que haya tenido responsabilidad alguna el acusado. Recientemente se ha aplicado como atenuante simple por la SAP Barcelona 541/2021, de 19 de julio, aunque desde la fecha de comisión de los hechos apenas habían transcurrido dos años cuando se dictó sentencia.

1.3 En tercer lugar, debemos hacer una breve mención al debate que ha tenido lugar sobre la naturaleza principal o accesoria de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que es la que priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser

---

miento de los plazos procesales legalmente establecidos», sino que es necesario tener en cuenta otros criterios, como la complejidad del proceso, la actuación de las partes o el promedio de duración de litigios del mismo tipo».

elegido para cargos públicos (108). Esta mención resulta oportuna porque la cuestión ha sido abordada hace no mucho por nuestro Tribunal Constitucional.

El artículo 137 LOREG establece, con carácter general, que «por todos los delitos a que se refiere este capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo», de modo que las sentencias por delitos electorales condenan, además de a la pena de multa y/o de prisión correspondiente, a la privación de dicho derecho. La muestra de sentencias analizada revela que se ha tratado de manera mayoritaria la pena de inhabilitación como pena principal, pues no se menciona su accesoriedad y no son pocos los pronunciamientos en los que su duración difiere de la pena de multa o prisión (109). En este sentido, la STS 322/2016, de 19 de abril, estima el motivo de casación del Ministerio Fiscal contra una sentencia de instancia que no había impuesto la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: «la sala de instancia la considera una pena accesoria de imposición voluntaria cuando constituye una pena principal de imposición preceptiva». La doctrina mayoritaria también interpretó que se trataba de una pena principal que el órgano jurisdiccional debía con-

(108) Pozuelo Pérez, L., *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, Colex, Madrid, 1998, p. 48, explica que, con respecto a la regulación previa, «ahora se habla de cargos, en plural, de manera que, en este punto, sí que se produciría una ampliación, ya que se trataría de cualquiera de los cargos públicos –electivos– posibles».

(109) Sin ánimo de exhaustividad: SAP Barcelona 492/2020, de 19 de octubre, fija una pena de multa de diez meses a razón de seis euros diarios y una pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo de 18 meses; SAP Barcelona 491/2017, de 30 de junio, condena a multa de seis meses con cuota diaria de cinco euros y a dos años de inhabilitación especial; SAP Barcelona 174/2016, de 8 de marzo, impone pena de prisión de tres meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por un año; SAP Barcelona 862/2015, de 3 de noviembre, condena a seis meses de multa con cuota diaria de cinco euros y a dos años de inhabilitación especial; SAP Barcelona 313/2008, de 8 de mayo, condena a cuatro meses de multa con cuota diaria de seis euros y a un año de inhabilitación especial; STS 1095/2007, de 28 de diciembre, confirma la condena a una multa de tres meses con cuota diaria de seis euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante un año; llama la atención la SAP Barcelona de 17 de enero de 2007, que junto con la pena de multa impone diez años de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. En cambio, en aquellos partidos judiciales en los que se interpretó que estábamos ante una pena accesoria, se ha fijado su duración por referencia a la pena principal, como confirma la SAP A Coruña 233/2015, de 30 de junio, o, incluso, en contra del artículo 137 LOREG no se ha hecho alusión a la misma, como en las sentencias de instancia confirmadas por la SAP Asturias 134/2021, de 21 de abril, o la SAP Asturias 357/2016, de 29 de julio.

cretar a la luz del marco punitivo de tres meses a veinte años que establece el artículo 40.1 CP (110).

La controversia sobre su naturaleza principal o accesoria no es superflua, sino que tiene consecuencias prácticas importantes, tales como si es posible su cumplimiento simultáneo o sucesivo con otra pena de inhabilitación de igual contenido (111), la determinación de su extensión o duración y, consiguientemente, otros efectos procesales, como la concreción de los órganos competentes para el enjuiciamiento, porque si se admite que el marco punitivo es de tres meses a veinte años, se superan en abstracto los diez años a los que hace referencia el artículo 14.3 LECrim. Esta disparidad interpretativa sobre el

(110) Álvarez Vinagre, R., *et. al., Memento experto: delitos cometidos por funcionarios públicos*, p. 301; García Soriano, M. V., *Jueces y magistrados en el proceso electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 176, «he aquí una manifestación del carácter agravatorio que tiene la regulación de los delitos electorales en la LOREG al imponer esta pena con carácter principal»; Jiménez Díaz, M. J., «Delitos electorales», p. 16, «el que al delincuente electoral se le prive de ese derecho debe afectarle de forma mucho más intensa, ya que, por regla general, quien realiza alguno de estos delitos es porque de alguna manera está implicado en la actividad electoral. De ahí la elevación de la pena al rango de principal»; Maza Martín, J. M., *Delincuencia electoral*, p. 60, «ha de entenderse que estamos ante una pena principal y no accesoria, con las consecuencias y efectos que de ello se derivan, entre otros, la de su subsistencia y cumplimiento independiente de cualquiera de las otras penas impuestas»; Morillas Cuevas, L., *Los delitos electorales*, p. 29, «pena principal sin específica fijación de la duración»; Peñaranda Ramos, J. L., «Artículo 137», en Cazorla Prieto, L. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Civitatis, Madrid, 1986, p. 1109; Suanzes Pérez, F., «Delitos por abandono o incumplimiento en las mesas electorales», p. 236, «estamos ante una pena principal cuya duración es la prevista en el artículo 40.1 CP: tres meses a veinte años». Plantea el debate, pero creemos que se puede leer en este sentido también a Cruz Blanca, M. J., «Disposiciones generales del derecho penal electoral», en Benítez Ortúzar, I. F. (Dir.), *Corrupción electoral. Delitos e infracciones electorales*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 55.

(111) Entre los partidarios de entender que estamos ante una pena principal había quien optaba por la consunción de la pena accesoria en la principal, como Peñaranda Ramos, J. L., «Artículo 137», pp. 1111-1112, para quien «el establecimiento de estas penas con carácter principal para los delitos electorales consume los efectos que podrían derivarse de las accesorias correspondientes a las penas privativas de libertad impuestas por los mismos»; García Soriano, M. V., *Jueces y magistrados*, p. 179; o Jiménez Díaz, M. J., «Delitos electorales», p. 20; mientras otros autores, como Manzanares Samaniego, J. L., «Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 28 (2), 1975, pp. 223-224, sostienen «la imposibilidad de cumplimiento conjunto de dos penas temporales privativas de los mismos derechos… a una misma persona no se le puede privar a un mismo tiempo de un mismo derecho -libertad absoluta, libertad de residencia, libertad de trabajo- por diferentes condenas, so pena de que en realidad solo cumpla una de ellas»; opinión a la que se adhiere más recientemente, Maza Martín, J. M., *Delincuencia electoral*, p. 60.

órgano competente para el enjuiciamiento habrá sido advertida por el lector desde el inicio del trabajo, pues se han ido citando sentencias de instancia que, a veces, procedían de Juzgados de lo Penal y, en otras ocasiones, de Audiencias Provinciales (112).

Este estado de las cosas trajo consigo que la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona plantease una cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto, precisamente, al hilo de una conformidad en un delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral. Esta advertía un quebranto del principio de legalidad penal: la pena de inhabilitación «carece de marco penal, pues el artículo 40.1 CP tiene por objeto regular los límites de la duración máxima y mínima de la pena de inhabilitación, pero, en ningún caso, configurar un marco penal, concepto referido a delitos específicos. En consecuencia, estos delitos electorales carecerían de marco penal y, por tanto, tendrían una pena indeterminada». Además, en caso de entenderse el artículo 40.1 CP como un marco penal, a los efectos de colmar la presunta laguna del artículo 137 LOREG, «el resultado sería que se dejaría un amplio margen al juzgador en la fijación de la duración de la pena a imponer (entre tres meses y veinte años) sin garantizar mínimamente su seguridad jurídica, lo que constituiría una técnica legislativa infractora del artículo 25.1 CE» (113).

La STC 126/2021, de 3 de junio, se ha pronunciado sobre esta controversia y ha llegado a la conclusión de que es posible una interpretación constitucionalmente conforme del precepto. Del mismo modo que la Audiencia Provincial de Barcelona, reconoce que no cabe colmar la laguna del artículo 137 LOREG acudiendo al artículo 40.1 CP porque se resolvería «mediante una extensión de los marcos de penalidad muy poco respetuosa de la garantía penal del principio de legalidad» (114). No obstante, apunta que no debemos

(112) Ya lo apuntaba Suanzes Pérez, F., «Delitos por abandono o incumplimiento en las mesas electorales», p. 236, «unas veces conocen en primera instancia los Juzgados de lo Penal y otras las Audiencias Provinciales, lo que complica aún más la discusión».

(113) Así lo señala en la doctrina Mínguez Rosique, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, p. 21, «los marcos penales que carezcan de un límite máximo, los marcos penales que carezcan de un límite mínimo, y los marcos penales excesivamente amplios» podrían vulnerar el mandato de determinación de la pena.

(114) STC 126/2021, de 3 de junio: el artículo 40.1 CP «tiene por objeto regular los límites de la duración máxima y mínima de la pena de inhabilitación en cualquiera de sus modalidades, pero, contemplando únicamente los umbrales máximo y mínimo, en ningún caso viene a configurar un marco penal abstracto a partir de tales umbrales».

olvidar que el CP asume un papel integrador respecto de la legislación penal especial. Su tesis, defendida previamente por algunos autores (115), reside en que la supuesta laguna «puede ser salvada por remisión a lo dispuesto en el artículo 33.6 en relación con el artículo 56.1 CP, cuando, en referencia, entre otras, a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, dispone que "tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal" o aluden a que la privación del derecho de sufragio pasivo lo es "durante el tiempo de la condena"». Nuestro Tribunal Constitucional lo que viene a sostener es que la omisión de la duración de dicha pena impide interpretarla como pena principal, pero que, a la luz del ordenamiento jurídico en el que se integra, el artículo 137 LOREG sí admite una interpretación constitucionalmente conforme, que reside en entender que se asemeja a una pena accesoria. Además, pese a que esta pena accesoria ya se regula en el artículo 56.1 CP, su incorporación a la LOREG no sería superflua porque amplía su aplicación también a aquellos pronunciamientos que opten por imponer como pena principal la de multa, lo que sucede frecuentemente en algunos delitos electorales como el de abandono o incumplimiento en mesa electoral, en el que el juzgador puede elegir como pena principal entre la privación de libertad o la multa.

A nuestro juicio, esta interpretación parece la más razonable y convincente hasta que el legislador no acometa una reforma del texto legal (116). Sus efectos ya se observan en la jurisprudencia más reciente. Además, la STSJ Cataluña 135/2022, de 19 de abril, recuerda que, tras la STC 126/2021, de 3 de junio, si se impone como pena principal la pena de multa, la pena de inhabilitación especial como pena accesoria se debe reducir a la mitad conforme al artículo 53

(115) Brandariz García, J. A., «La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva», *Diario La Ley*, núm. 7873, 2012, p. 5, «con la actual redacción del artículo 137 LOREG no cabe sino sostener que la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo es en el ámbito de los delitos electorales una pena accesoria»; Faraldo Cabana, P., «La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014, pp. 171 y ss.; Quintero Olivares, G., «Sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 137 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG)», *Almacén de Derecho*, 2021 (última visita 04/05/2025).

(116) Con Brandariz García, J. A., «La inhabilitación especial», p. 5, creemos que «*de lege ferenda* parece perfectamente idóneo que en el marco de los ilícitos electorales la inhabilitación especial analizada sea pena principal», pero concretando su duración o equiparándola a la pena de prisión o de multa prevista en cada caso.

CP (117). En este sentido, algunas sentencias de instancia recientes como la SAP Barcelona 388/2022, de 10 de junio, o la SAP Barcelona 120/2022, de 16 de febrero, condenan por el abandono o incumplimiento en mesa electoral a seis meses de multa y a tres meses de inhabilitación especial.

2. Además de las tres cuestiones señaladas, en cuanto a las posibles medidas de gracia, conviene recordar que esta figura delictiva podría estar amparada por la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, lo que tendría cierta relevancia práctica dada las múltiples repeticiones electorales que han tenido lugar en Cataluña desde que se inició el proceso separatista y por la presunta quiebra de la neutralidad política cometida por algunas personas a quienes se designó para desempeñar con imparcialidad el deber cívico electoral. Como hemos indicado más arriba, desde hace unos meses se encuentra pendiente una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre este asunto a raíz de un delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral presuntamente cometido por el integrante que portaba un lazo amarillo (118).

Por último, solo hemos encontrado una sentencia que haya propuesto el indulto para el condenado. Se trata de la SAP Barcelona de 23 de octubre de 2015, en la que el sujeto activo era una «persona mayor próxima a los 70 años, sin ningún antecedente penal, sin recursos, en situación de real y aguda indigencia sólo paliada por ser acogido en una casa de acogida temporal para personas en su situación». Resulta criticable que un caso de extrema exclusión social como este, en el que el tribunal disponía de herramientas interpretativas a su alcance para evitar el sentido condenatorio del fallo (119), decidiese

(117) STSJ Cataluña 135/2022, de 19 de abril: «ha de entenderse que el artículo 137 LOREG no incurre en la indeterminación que aprecia el órgano judicial -ni en la falta de taxatividad de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por su indeterminación temporal-, por cuanto la pena de inhabilitación que prevé ha de tener una duración equivalente a la de la respectiva pena privativa de libertad impuesta en cada litigio concreto, aplicando en el caso de que la pena impuesta sea la de multa, el mecanismo de conversión a responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP».

(118) Auto del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Vilanova i la Geltrú, de 4 de febrero de 2025.

(119) Martínez Escamilla, M., «Injusticia social y derecho penal: a propósito de Angelina», en Muñoz Sánchez, J. *et al.* (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 303, «en mi opinión nuestro Código Penal cuenta con preceptos suficientes para -con respeto al principio de legalidad y dependiendo del supuesto concreto- reflejar en la calificación jurídica y en la determinación de la pena la situación de exclusión social que determinó la comisión delictiva», pareciendo posible en este supuesto la aplicación por analogía de la inexigibilidad o del

no aplicarlas y acudir a la solicitud de indulto, el cual no fue concedido (120).

V. CONCLUSIONES

1. El delito de abandono o incumplimiento en mesa electoral es un tipo de omisión pura o propia que contiene cuatro modalidades. La más habitual en la práctica consiste en no asistir a la mesa electoral para la que se ha sido correctamente nombrado. A nuestro juicio, son subsumibles en esta figura los retrasos que superen algunos minutos de cortesía y la inasistencia de los suplentes, aunque la mesa se haya constituido sin incidencia alguna. Especialmente relevante para la consumación de esta modalidad es que el designado en sorteo público haya sido correctamente notificado. Entendemos que la notificación será válida si llega a conocimiento del destinatario, aunque sea recibida por algún conviviente, y siempre que aluda al plazo de siete días para presentar excusas previsto en el artículo 27.3 LOREG. En cambio, creemos que no es imprescindible que la notificación contenga las consecuencias sancionadoras anudadas al incumplimiento del deber. Junto con la modalidad de inasistencia, también se prevé el no desempeño (adecuado) de las funciones que son atribuidas a los miembros de la mesa electoral y el abandono sin causa legítima de quien en un primer momento se había constituido como miembro de la mesa. La cuarta modalidad consiste en incumplir sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo ante la Junta Electoral de Zona. Pese a que algunos autores y pronunciamientos niegan la autonomía de esta modalidad, a nuestro juicio la tiene porque una

---

estado de necesidad, como ya señalaba hace tiempo *la misma*, «Pobreza, estado de necesidad y prevención general. Los «correos de la cocaína» y el Tribunal Supremo español», en Alcácer Guirao, R. (Coord.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos. IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 240 y 247, las «situaciones de pobreza graves, como algunas de las que aparecen acreditadas en la jurisprudencia penal, merecen la consideración de «mal» a los efectos del artículo 20.5 CP […] las situaciones de penuria económica pueden alcanzar la suficiente entidad como para recabar la aplicación de la eximente de estado de necesidad».

(120) Lo que contrasta, como señala Valle Mariscal de Gante, M., «La prohibición de indultar a los corruptos: ¿Medida con valor real o aparente?», *Encuentros multidisciplinares*, vol. 22, núm. 66, 2020, p. 3, con el hecho de que «en los últimos años el número, en términos relativos, de indultados por delitos de los denominados de corrupción, superaría a los indultados por otros delitos».

cosa es que la inasistencia se encuentre materialmente justificada y otra muy distinta es que se decida incumplir el deber formal de poner en conocimiento de la administración electoral las razones o motivos por los cuales no se puede cumplir el deber cívico, lo que es importante para que el sistema de suplencias resulte operativo el día de los comicios.

2. Una vez nos hemos ocupado de las modalidades típicas, hemos analizado las excusas que pueden excluir la antijuridicidad del comportamiento. La LOREG no desarrolla un elenco, sino que deposita la decisión en las Juntas Electorales de Zona. No obstante, la Junta Electoral Central ha unificado, sin ánimo de exhaustividad, algunos de estos criterios, recogiendo una sistemática de excusas por razón de la materia en la Instrucción 6/2011. Así, podemos distinguir entre excusas personales, por responsabilidades familiares y por responsabilidades profesionales. A su vez, la Instrucción distingue entre excusas absolutas, que deben ser admitidas siempre, y excusas relativas, cuya admisión queda a la decisión de la Junta Electoral de Zona atendidas las circunstancias del caso concreto. En esta parte del trabajo hemos tratado de ejemplificar las diferentes excusas y nos hemos mostrado críticos con el reconocimiento como excusa personal de la pertenencia a confesiones o comunidades religiosas en las que el ideario o régimen de clausura resulten contrarios o incompatibles con la participación en una mesa electoral, porque supone reconocer una suerte de objeción de conciencia electoral que el legislador no ha previsto expresamente.

3. Asimismo, en la tercera parte del trabajo se abordan algunas cuestiones adicionales, obteniendo como conclusión la dificultad de apreciar un error de prohibición por condicionantes culturales en esta materia, la posibilidad de que se estime la atenuante de dilaciones indebidas cuando el proceso se prolonga durante más de dos años y que resulta imprescindible interpretar la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo como pena accesoria tras lo señalado por la STC 126/2021, de 3 de junio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R.: «La protección del futuro y los daños cumulativos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002.

ÁLVAREZ PRIETO, L.: «La objeción de conciencia a formar parte de una mesa electoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 2.ª,

de 28 de octubre de 1998», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 57, núm. 148, 2000

Álvarez Vinagre, R.: *et. al.: Memento experto: delitos cometidos por funcionarios públicos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.

Arnaldo Alcubilla, E.: Delgado-Iribarren García-Campero, M.: *Código electoral*, 10.ª edición, La Ley, Madrid, 2023.

— *Código electoral*, 8.ª edición, La Ley, Madrid, 2015.

Blasco Lahoz, J. F.: López Gandía, J.: *Curso de seguridad social*, 13.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Bockelmann, P.: «Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern», en Stratenwerth, G.: *et. al.* (Ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Walter de Gruyter, Berlín, 1974.

Brandariz García, J. A.: «La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva», *Diario La Ley*, núm. 7873, 2012.

Castro Corredoira, M.: «Apuntes al contenido locativo de la pena de alejamiento: la causa de justificación del artículo 27.3 LOREG», *Diario La Ley*, núm. 9218, 2018.

Coca Vila, I.: «Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung», en Staffler, L.: *et. al.* (Ed.), *Strafrecht und Demokratie*, Nomos, Baden-Baden, 2023.

Corcoy Bidasolo, M.: «Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias», en López Barja De Quiroga, J.: Zugaldía Espinar, J. M. (Coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Cruz Blanca, M. J.: «Disposiciones generales del derecho penal electoral», en Benítez Ortúzar, I. F. (Dir.), *Corrupción electoral. Delitos e infracciones electorales*, Dykinson, Madrid, 2019.

— «La corrupción pública en la actividad electoral. Delitos que integran la corrupción pública electoral versus delitos cometidos por particulares contra la actividad pública electoral», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018.

— «La protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013.

Cuerda Arnau, M. L.; Fernández Hernández, A.: *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

De La Fuente Cardona, F. S.: *La teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales*, Marcial Pons, Madrid, 2025.

Díez Ripollés, J. L.: «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 26, 2024.

— «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021.

Estrada i Cuadras, A.: «Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 73, 2020.

Faraldo Cabana, P.: «La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014.

— «Las disposiciones generales», en *la misma* (Dir.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

Felip I Saborit, D.: *Error Iuris: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000

Flores Mendoza, F.: *La objeción de conciencia en derecho penal*, Comares, Granada, 2011.

García Soriano, M. V.: «Reflexión sobre la actual regulación de las Mesas Electorales: análisis de la problemática que ha suscitado desde su entrada en vigor y nuevas propuestas», *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, núm. 24, 2010.

— *Jueces y magistrados en el proceso electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método en la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.

— «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 40, 1987.

Greco, L.: «Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?», en Heinrich, M.: *et al.* (Ed.), *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, De Gruyter, Berlín, 2011.

Jiménez Díaz, M. J.: «Delitos electorales», en Cobo del Rosal, M. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XVI*, Edersa, Madrid, 1994.

Luzón Peña, D. M.: «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», *Revista de Derecho*, núm. 17, 2014.

Macías Espejo, B.: «Delitos electorales en "sentido estricto", cometidos por funcionario público –artículos 139, 140 y 143 LOREG–», en Benítez Ortúzar, I. F. (Dir.), *Corrupción electoral: delitos e infracciones electorales*, Dykinson, Madrid, 2019.

Maldonado Fuentes, F.: «Delitos cometidos en torno al desarrollo de los procesos electorales: consideraciones sobre sus fundamentos y sistematización», *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3, 2018.

Manjón Cabeza-Olmeda, A.: «Torturas: otros delitos contra la integridad moral», en Álvarez García, F. J. (Dir.), *Tratado de Derecho penal español: Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 4.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Manzanares Samaniego, J. L.: «Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 28 (2), 1975.

Martínez-Buján Pérez, C.: *El error en la teoría jurídica del delito. Un estudio a la luz de la concepción significativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Martínez Escamilla, M.: «Injusticia social y derecho penal: a propósito de Angelina», en Muñoz Sánchez, J. *et al.* (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

— «¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del artículo 318 bis CP en clave de legitimidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008.

— «Pobreza, estado de necesidad y prevención general. Los «correos de la cocaína» y el Tribunal Supremo español», en Alcácer Guirao, R. (Coord.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos. IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*, Dykinson, Madrid, 2006.

Maza Martín, J. M.: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Medina Morales, D.: «Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (recursos administrativos y judiciales)», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 3, 2000

Mestre Delgado, E.: *Los delitos electorales en España (1812-1936)*, Editora Nacional, Madrid, 1976.

Mínguez Rosique, M.: «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.

Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 16.ª edición, Reppertor, Barcelona, 2015.

Molina Fernández, F.: Guérez Tricarico, P.: «Delitos electorales», en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2025.

Monge Fernández, A.: *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008.

Morillas Cuevas, L.: *Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales*, Colección Estudios Penales, Universidad de Granada, Granada, 1977.

Muñoz Cuesta, J.; Martí Cruchaga, V.: «Delitos electorales», *Diario La Ley*, núm. 6887, 2008.

Olaizola Nogales, I.: «La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018.

— *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007.

OUBIÑA BARBOLLA, S.: «Dilaciones indebidas», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016.
PEÑARANDA RAMOS, J. L.: «Artículo 137», en Cazorla Prieto, L. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Civitatis, Madrid, 1986.
POZUELO PÉREZ, L.: *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, Colex, Madrid, 1998.
PUENTE RODRÍGUEZ, L.: *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2024.
QUINTERO OLIVARES, G.: «Sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 137 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG)», *Almacén de Derecho*, 2021 (última visita 4 de mayo de 2025)
RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M.: «Los delitos electorales: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 6, 2006.
SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.
— «Derecho penal y exclusión social: de la miseria a la identidad religiosa», en Cigüela Sola, J.: Martín Lorenzo, M. (Dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudios desde los fundamentos y la teoría del delito*, Atelier, Barcelona, 2024.
— *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª edición, Edisofer, Buenos Aires, 2011.
— *El delito de omisión: concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.
SUANZES PÉREZ, F.: «Delitos por abandono o incumplimiento en las mesas electorales», en Faraldo Cabana, P. (Dir.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989.
TAYLOR, C.: *Multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, Fondo de Cultura Económica, Sevilla, 2003.
VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La prohibición de indultar a los corruptos: ¿Medida con valor real o aparente?», *Encuentros multidisciplinares*, vol. 22, núm. 66, 2020
VILLALBA LÓPEZ, N.: *El delito de desobediencia grave de particular. Un estudio sobre su lesividad material*, *en prensa*

VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional

— STC 126/2021, de 3 de junio.
— STC 141/2000, de 29 de mayo.
— STC 177/1996, de 11 de noviembre.

— STC 160/1987, de 27 de octubre.

Tribunal Supremo

— STS 322/2016, de 19 de abril.
— STS 353/2013, de 19 de abril.
— STS 1003/2010, de 18 de noviembre.
— STS 599/2009, de 4 de junio.
— STS 674/2008, de 15 de octubre.
— STS 1095/2007, de 28 de diciembre.
— STS 753/2007, de 2 de octubre.
— STS 22/2007, de 22 de enero.
— STS 272/2006, de 20 de febrero.
— STS 1054/2004, de 4 de octubre.
— STS 1465/2002, de 16 de septiembre.
— STS 1301/1998, de 28 de octubre.
— STS 1231/1997, de 6 de octubre.
— STS 1265/1995, de 13 de diciembre.
— STS 466/1995, de 27 de marzo.
— STS 2265/1994, de 27 de diciembre.
— STS 1209/1994, de 8 de junio.
— STS de 29 de septiembre de 1993.
— STS 753/1993, de 30 de marzo.
— STS 2814/1992, de 23 de diciembre.
— STS de 30 de enero de 1979.

Tribunales Superiores de Justicia

— STSJ Aragón 285/2025, de 11 de abril.
— STSJ Madrid 354/2025, de 10 de abril.
— STSJ Cataluña 135/2022, de 19 de abril.
— STSJ Cataluña 125/2022, de 5 de abril.
— STSJ Cataluña 69/2019, de 27 de mayo.
— STSJ Cataluña 3/2019, de 10 de enero.

Audiencias Provinciales

— SAP Pontevedra 257/2024, de 14 de octubre.
— AAP Barcelona 1310/2024, de 4 de julio.
— AAP Cádiz 516/2023, de 12 de diciembre.
— SAP Vizcaya 90023/2023, de 2 de febrero.
— SAP Barcelona 637/2022, de 12 de diciembre.
— SAP Barcelona 388/2022, de 10 de junio.
— SAP Barcelona 120/2022, de 16 de febrero.

— SAP Barcelona 19/2022, de 18 de enero.
— SAP Barcelona 1035/2021, de 14 de diciembre.
— SAP Jaén 279/2021, de 20 de octubre.
— SAP Barcelona 779/2021, de 6 de octubre.
— SAP Barcelona 542/2021, de 19 de julio.
— SAP Barcelona 541/2021, de 19 de julio.
— SAP Asturias 134/2021, de 21 de abril.
— SAP Barcelona 287/2021, de 15 de marzo.
— SAP Barcelona 492/2020, de 19 de octubre.
— SAP Barcelona 51/2020, de 9 de marzo.
— SAP Tarragona 80/2020, de 28 de febrero.
— SAP Jaén 38/2020, de 29 de enero.
— SAP Barcelona 724/2019, de 3 de octubre.
— SAP Barcelona 269/2019, de 8 de abril.
— SAP Barcelona 36/2019, de 23 de enero.
— SAP Tarragona 44/2019, de 18 de enero.
— SAP Barcelona 60/2018, de 23 de enero.
— SAP Barcelona 745/2017, de 21 de noviembre.
— SAP Barcelona 702/2017, de 20 de octubre.
— SAP Barcelona 688/2017, de 18 de octubre.
— SAP Barcelona 749/2017, de 10 de octubre.
— SAP Barcelona 689/2017, de 10 de octubre.
— SAP Barcelona 598/2017, de 18 de septiembre.
— SAP Barcelona 618/2017, de 15 de septiembre.
— SAP Barcelona 375/2017, de 18 de julio.
— SAP Barcelona 491/2017, de 30 de junio.
— SAP Barcelona 251/2017, de 17 de mayo.
— SAP A Coruña 60/2017, de 31 de marzo.
— SAP Barcelona 153/2017, de 24 de febrero.
— SAP Barcelona 46/2017, de 21 de enero.
— SAP Barcelona 630/2016, de 23 de septiembre.
— SAP Asturias 357/2016, de 29 de julio.
— SAP Barcelona 174/2016, de 8 de marzo.
— SAP Barcelona 179/2016, de 3 de marzo.
— SAP Alicante 3/2016, de 8 de enero.
— SAP Barcelona 862/2015, de 3 de noviembre.
— SAP A Coruña 233/2015, de 30 de junio.
— SAP Barcelona 272/2015, de 17 de marzo.
— SAP Barcelona de 11 de junio de 2014.
— SAP Barcelona 93/2014, de 4 de febrero.
— SAP Barcelona 95/2013, de 25 de octubre.
— SAP Barcelona, de 23 de octubre de 2015.
— SAP Barcelona 124/2013, de 12 de febrero.
— SAP Barcelona 402/2012, de 5 de julio.
— SAP Guipúzcoa 148/2012, de 27 de marzo.
— SAP Barcelona 186/2011, de 4 de marzo.

— SAP Tarragona 412/2010, de 15 de septiembre.
— SAP Málaga 751/2009, de 28 de diciembre.
— SAP Tarragona 441/2009, de 3 de septiembre.
— SAP Murcia 33/2007, de 31 de octubre.
— SAP Barcelona 631/2007, de 10 de octubre.
— SAP Barcelona de 17 de enero de 2007.
— SAP Barcelona 875/2006, de 24 de octubre.
— SAP Madrid 768/2006, de 2 de octubre.
— SAP Barcelona 143/2006, de 6 de febrero.
— SAP Tarragona de 14 de noviembre de 2003.
— SAP Barcelona 31/1998, de 28 de octubre.
— SAP Barcelona de 11 de mayo de 1995.
— SAP Barcelona 31/1994, de 19 de enero.

Juzgados de lo Penal y de Instrucción

— Auto del Juzgado de Instrucción núm. 46 de Madrid 718/2025, de 13 de marzo.
— Auto del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Vilanova i la Geltrú, de 4 de febrero de 2025.
— SJP núm. 2 de Elche 235/2016, de 2 de junio.

Víctimas y sistema penal. Una aproximación crítica al protagonismo político-criminal de las víctimas y a su participación directa en la ejecución penitenciaria

LORENA ALEMÁN ARÓSTEGUI

Profesora Ayudante Doctora de Derecho penal
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN

Las víctimas de los delitos, tradicionalmente marginalizadas desde la perspectiva penal, comenzaron a resultar objeto de atención a mediados del siglo pasado, en el marco del reconocimiento de derechos humanos posterior a la Segunda Guerra Mundial, y con la creación y desarrollo de la victimología. Desde entonces, la consideración de las víctimas ha evolucionado y, en las últimas décadas, se aprecia una tendencia a su protagonismo político-criminal (especialmente, de algunas de ellas). En este trabajo, se analiza esta tendencia desde una perspectiva crítica, y se plantean dos preguntas: ¿qué necesitan las víctimas y qué puede ofrecerles el Derecho penal? Partiendo de las respuestas a estos interrogantes, se aborda el estatuto jurídico de la víctima y se profundiza en una cuestión controvertida: la participación directa de la víctima en la ejecución penitenciaria. Finalmente, se toma posición al respecto y se señalan posibles vías para mejorar la atención a las víctimas.

Palabras clave: *víctimas; sistema penal; política criminal; estatuto jurídico; ejecución penitenciaria.*

ABSTRACT

Traditionally marginalized within the criminal justice system, crime victims began to attract attention in the mid-20th century, in the wake of the post-World War

II recognition of human rights and the emergence and development of victimology. Since then, the role of victims has evolved, and in recent decades there has been a discernible trend toward their increasing prominence in criminal policy–particularly in the case of certain categories of victims. This paper critically examines that trend and poses two central questions: What do victims need, and what can criminal law offer them? Based on the responses to these questions, the current legal status of crime victims is analyzed, with particular focus on a controversial issue: the direct participation of victims in the execution of penal sanctions. Finally, the paper takes a position on this matter and outlines possible pathways for improving victim support.

Key words: *victims; criminal justice system; criminal policy; legal status; execution of prison sentences.*

SUMARIO: I. Las víctimas de los delitos y el sistema penal. 1. La evolución en la consideración penal de la víctima del delito. 2. La trampa del protagonismo político-criminal de las víctimas de los delitos. 3. ¿Qué necesitan las víctimas y qué puede ofrecerles el Derecho penal?–II. El estatuto jurídico de la víctima del delito y su participación en la ejecución penitenciaria. 1. El estatuto jurídico de la víctima del delito. 2. La participación de la víctima del delito en la ejecución penitenciaria. 2.1. A favor de la participación *directa* de la víctima en la ejecución penitenciaria. 2.2. En contra de la participación *directa* de la víctima en la ejecución penitenciaria.–III. Posicionamiento y consideraciones finales.–IV. Referencias bibliográficas.

I. LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS Y EL SISTEMA PENAL

El monopolio del Estado del uso de la violencia supuso, históricamente, la neutralización de la víctima en el ámbito punitivo (1). Esto fue así porque, partiendo de la instauración de dicho monopolio, se entendió el delito como un conflicto entre el infractor y la ley, la pena como una medida que el Estado impone al sujeto, y la víctima *simplemente* como el sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico protegido, y, por tanto, al margen de los fines y funciones del sistema

(1) Landrove Díaz, G., *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 22 y ss.

penal (2). Esta marginación de la víctima fue objeto de numerosas críticas, entre las que destaca la que hizo Christie en 1977 (3).

Desde hace algunas décadas, se advierte un movimiento de *resurrección* (4) o redescubrimiento (5) de la víctima, desde el que se plantea que la víctima tiene un papel en el conflicto penal y que, por tanto, también sus necesidades deben ser atendidas. Así, en los últimos años, la atención a las víctimas de los delitos se ha incrementado. Especialmente, han proliferado las referencias a las necesidades de las víctimas en el terreno de la política criminal y, además, ello ha dado lugar a algunas transformaciones en la configuración de nuestro sistema penal.

Antes de abordar esta tendencia a articular la atención a las víctimas de los delitos a través de su protagonismo político-criminal –y cuáles son sus consecuencias–, quiero precisar lo siguiente: la búsqueda de la mejora en la atención a las víctimas no tiene por qué implicar necesariamente incrementos punitivos. Sin embargo, lo que se advierte –como se desarrollará después– es que, en ocasiones, se instrumentalizan las necesidades y/o deseos de las víctimas en favor del punitivismo (6).

1. La evolución en la consideración penal de la víctima del delito

La atención a las víctimas de los delitos y su consideración desde la perspectiva penal ha evolucionado mucho en las últimas décadas, especialmente, desde la aparición de la victimología en los años 40

(2) Hassemer, W., Reemtsma, J. P., *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, C. H. Beck, Múnich, 2002, p. 9; Daza Bonachela, M. M., *Escuchar a las víctimas: victimología, derecho victimal y atención a las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 30-31; Landa Gorostiza, J. M., «Leyes de víctimas y Derecho penal: simetrías y asimetrías con especial atención a la violencia política», en Gatti, G. (edit.): *Un mundo de víctimas*, Anthropos, Barcelona, 2017, p. 269.

(3) Christie, N., «The Ideal Victim», en Fattah, E. A. (edit.): *From Crime Policy to Victim Policy*, St. Martins Press, Nueva York, 1986, p. 1.

(4) Prittwitz, C., «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, núm. 1, 1999, p. 111.

(5) Fattah, E. A., «Victimología: pasado, presente y futuro», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014, p. 6. Emplea el mismo término García Álvarez, P., *La víctima en el Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

(6) García Álvarez, P., 2014, *op. cit.*, pp. 202-203.

del siglo pasado, como disciplina dedicada al estudio científico de las víctimas (7), y su posterior evolución (8).

La primera victimología fue de corte *positivista*, centrada en las explicaciones causales del delito. Se construyó a partir de las ideas de Von Hentig (9) y Mendelsohn (10), quienes desarrollaron distintas categorías de víctimas, clasificándolas en función de su contribución etiológica al delito (11). Como explica Fattah, en estas teorizaciones victimológicas, se planteaba que la víctima era «uno de los elementos causantes» del delito e, incluso, que muchas de las víctimas «contribuyen a su propia victimización», a través de la incitación o provocación al agresor, o por colocarse en una situación «propicia que pueda dar lugar a la comisión del delito» (12). Algunos autores continuaron con esta corriente, pero pronto comenzaron a formularse importantes críticas relacionadas con la apreciación de una tendencia culpabilizadora de las víctimas, y empezó a desarrollarse una victimología de carácter promocional. Esta se centró en la atención a las necesidades de las víctimas y en la garantía del ejercicio de sus derechos (13), fue impulsada por los

(7) Schafer, S., *Victimology: the victim and his criminal*, Reston, Washington, 1977, pp. 55 y ss.: explicó que la posición de la víctima en el ámbito punitivo había pasado de la *edad de oro de la víctima* (que identificaba con la fase anterior al nacimiento del Estado moderno –en la que la víctima era la titular del derecho de castigar–) a su *decadencia* y posterior *resurgimiento*. Sobre la *edad de oro* de la víctima, *vid.*: Herrera Moreno, M., *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 23 y ss. Sobre la evolución histórica del estatus jurídico de la víctima, *vid.*: Pérez Rivas, N., *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21 y ss.

(8) Tamarit Sumalla, J. M., «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en Baca Baldomero, E./Echeburúa Odriozola, E./Tamarit Sumalla, J. M. (coords.): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 17.

(9) Von Hentig, H., *The criminal & his victim: studies on the sociobiology of crime*, Yale University Press, New Haven, 1948. En esta obra se planteaba la relevancia del papel de la víctima en la etiología criminal formulada por la criminología positivista, de manera que se consideraba la *pareja criminal* y, en ella, se estudiaba a la víctima como elemento precipitante del delito.

(10) Mendelsohn, B., «Victimologie», en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, vol. X, núm. 2, 1956.

(11) Landrove Díaz, G., 1990, *op. cit.*, pp. 39-40: también elabora una clasificación de víctimas entre las que distingue: por un lado, las víctimas «no participantes», también denominadas «fungibles», «inocentes» o «ideales»; y, por otro lado, las víctimas «participantes», también denominadas «infungibles».

(12) Fattah, E. A., 2014, *op. cit*., p. 4.

(13) Herrera Moreno, M., «Historia de la victimología», en Baca Baldomero, E./Echeburúa Odriozola, E./Tamarit Sumalla, J. M. (coords.): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 72: «La Victimología promocional entiende, así, que el Estado social y democrático sólo se consolida éticamente por la solidaridad cívica con las víctimas». Asimismo, Fattah, E. A., 2014, *op. cit*., p. 7.

movimientos de víctimas (14) y adquirió relevancia gracias al uso de encuestas de victimización (15). Posteriormente, aparecieron las corrientes victimológicas críticas, desde las que se apuntó a los factores estructurales que inciden en las distintas formas de victimización y su reconocimiento –como, por ejemplo, el género (16)–, se criticó la existencia de victimizaciones invisibilizadas, y se señalaron los fenómenos de la victimización difusa y las macrovictimizaciones. Desde esta vertiente también se critica la instrumentalización de las víctimas, la emotivización del discurso, y el fomento de tendencias retribucionistas y securitarias, y se reclama un modelo de asistencia e intervención claro para las víctimas (17). El rasgo fundamental de la victimología crítica es que parte del contexto histórico, político y socioeconómico para la consideración de las víctimas (18). De tal forma que se nutre permanentemente de nuevas perspectivas y, así, a partir de ellas, se generan nuevas victimologías, como por ejemplo, han ido surgiendo y desarrollándose, entre otras, la verde, la radical o la cultural (19).

En el marco de esta evolución victimológica, fueron produciéndose cambios en la relación de la víctima del delito con el sistema penal. En primer lugar, la corriente positivista contribuyó a que, en el ámbito jurídico-penal, se desarrollase la victimodogmática, basada en un «razonamiento conforme al cual se somete a examen cómo la con-

---

(14) Herrera Moreno, M., 1996, *op. cit*., pp. 118 y ss.; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 18-20. Las dos autoras se refieren a la influencia de los movimientos de víctimas, explican que surgieron en Estados Unidos en los años 60 y que, posteriormente, en la década de los 70, se transformaron en asociaciones que comenzaron a influir en el poder político.

(15) Larrauri Pijoan, E., «Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles son sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?», en *Jueces para la Democracia*, núm. 15, 1992, p. 21.

(16) Walklate, S., «Researching Victims of Crime: Critical Victimology», en *Social Justice*, vol. 17, núm. 3, 1990, p. 33: señala que, en el camino hacia una victimología crítica, son relevantes las cuestiones feministas porque constituyen una contribución que hace explícita la forma en que el poder, como mecanismo generativo inobservable y como característica de las relaciones interpersonales, es una característica clave del proceso de victimización al delimitar la relación estructural e interpersonal entre víctima y agresor.

(17) Herrera Moreno, M., 2006, *op. cit*., pp. 74 y ss.

(18) Walklate, S., «Conclusion: developing an agenda for a (critical) victimology», en Walklate, S. (edit.): *Handbook of Victims and Victimology*, 2.ª ed., Routledge, New York, 2018, pp. 379-384.

(19) Varona Martínez, G., Herrera Moreno, M., Tamarit Sumalla, J. M., «Explorando caminos futuros en victimología», en Varona Martínez, G. (dir.): *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 44.

tribución de la víctima al hecho delictivo afecta al comportamiento del autor, a través del principio de autorresponsabilidad de la víctima» (20).

Después, en conexión con los planteamientos promocionales, comenzó a hablarse de reparación en el Derecho penal como uno de los fines de la pena o, incluso, como sanción penal autónoma. Roxin propuso la «tercera vía» («*dritte Spur*») (21), que consistía en introducir la reparación del daño –y, en su caso, la reconciliación (22)– en el sistema de sanciones penales, como una forma de respuesta penal autónoma, junto a las penas y las medidas de seguridad. El autor alemán consideraba que introducir la reparación como sanción penal, por un lado, era la mejor manera de reconocer derechos a la víctima, y, por otro, encontraba su legitimidad en el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* del Derecho penal, y, además, contribuía a la consecución de los fines penales que tradicionalmente se enuncian (23).

En la misma línea, Pérez Sanzberro planteó la incorporación de la reparación al Derecho penal (24). Esta autora sostuvo que el Derecho penal no tiene por qué limitarse al uso de la pena como instrumento para alcanzar sus fines, y que la reparación –si bien no constituye un fin penal autónomo– puede contribuir a la consecución de los fines penales (25). En este sentido, dada su conexión con los fines de la

(20) Demetrio Crespo, E., «Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 69, 2006, pp. 80-81. Asimismo, sobre la victimodogmática y el «principio victimodogmático de autoresponsabilidad (*Selbstverantwoetungs-prinzip*)», *vid.*: Silva Sánchez, J. M., «La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la Víctimo-dogmática», en AA. VV.: *La Victimología*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 11 y ss. Asimismo, *vid.*: García Álvarez, P., 2014, *op. cit.*, pp. 171 y ss.

(21) Roxin, C., Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 5.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, pp. 167 y ss.

(22) Roxin, C., «Pena y reparación», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, p. 6: señala que la idea de reparación, en la mayoría de los casos, va vinculada «al esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación, es decir: una reconciliación entre el autor y la víctima».

(23) Roxin, C., 1999, *op. cit*., pp. 9-13.

(24) Pérez Sanzberro, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pp. 18-20: para delimitar a qué se refiere en esta obra con la idea de reparación, señala que esta «se configura como una institución limítrofe –o híbrida– entre la pena y la responsabilidad civil, que va a afectar a la determinación concreta de ambas, pero que no se identifica con ninguna de ellas» y abarca «tanto prestaciones materiales como inmateriales, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o trabajo en beneficio de la víctima».

(25) Pérez Sanzberro, G., 1999, *op. cit*., pp. 329 y ss.

pena, señaló que la introducción de la reparación en el sistema penal no debe resultar inocua en relación con la pena. Esta autora planteó que la reparación debe tenerse en cuenta tras la imputación penal, a la hora de determinar el grado de responsabilidad. De manera que, si se considerase que la reparación como respuesta penal resulta suficiente para alcanzar los fines de la pena, pudiera dar lugar a la atenuación de la pena, a su sustitución, a la suspensión de su ejecución o, incluso, a la renuncia a la pena (26).

Por su parte, Tamarit Sumalla se pronunció en contra de los planteamientos anteriores, entendiendo que la reparación no constituye una respuesta penal, sino civil, y que su consideración como sanción penal fundamentada en el principio de subsidiariedad resulta contradictoria. Este autor se posicionó también en contra de la posibilidad de que la reparación de la víctima se elevase a la categoría de principio informador del Derecho penal y, en su lugar, planteó la protección de la víctima como objetivo de la política social y un papel del Derecho penal limitado al ofrecimiento de incentivos a la reparación (27).

Finalmente, en las últimas décadas, han proliferado otros planteamientos que proponen atender a las víctimas desde el ámbito penal, pero a través de la propia pena. La premisa de la que parten es que las víctimas de los delitos encuentran satisfacción en el castigo penal y, así, se considera que debe añadirse un nuevo fin penal: el fin de la satisfacción de la víctima por medio del castigo (28). La atribución a la pena de efectos beneficiosos para la víctima se apoya en distintos argumentos que se han elaborado, especialmente, en la doctrina anglosajona y alemana (29).

En este sentido, Reemtsma ha señalado que la pena es necesaria para acabar con el «daño inmaterial» que el delito genera a la víctima, porque sirve para enviar un mensaje de solidaridad a la víctima con el que se le traslada que lo ocurrido no fue una desgracia o un accidente, sino una injusticia, y esto ayuda a la resocialización de la víctima (30).

---

(26) Pérez Sanzberro, G., 1999, *op. cit*., pp. 408-409.

(27) Tamarit Sumalla, J. M., *La reparació a la víctima en el Dret Penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1993, pp. 153 y ss.

(28) Da cuenta de ello: Gil Gil, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», en *InDret*, núm. 4, 2016, pp. 17-19.

(29) Sobre esta cuestión, *vid.*, recientemente: Rowlands Olaechea, J. G., «Teorías de la pena orientadas a la víctima en el derecho penal alemán y anglosajón: algunas consideraciones», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, núm. 121, 2025, pp. 93-124.

(30) Reemtsma, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, C. H. Beck, Múnich, 1999, pp. 26-27.

Por su parte, Fletcher defiende que las víctimas deben tener un lugar en la definición de los intereses protegidos por el Derecho penal. Concretamente, propone una teoría retributiva de la pena basada en el sufrimiento de la víctima porque entiende que este es el fundamento que hace que la pena sea merecida y justa. La necesidad de pena se basa en que, con la comisión del delito, se genera una situación de dominación del autor sobre la víctima que, para superarla y restablecer una situación de igualdad, requiere del proceso y del castigo penales. Sustentada la pena en estos términos, según Fletcher, la decisión de no castigar supone una grave desviación respecto del principio de igualdad (31). Günther destaca que la pena sirve como declaración pública para reconocer a la víctima del delito que ha vivido un hecho injusto, que ni es un accidente ni mucho menos es consecuencia de sus actos. Así, sostiene que el castigo tiene un significado simbólico-expresivo, de manera que sirve, no solo para compensar el daño material, sino también el desprecio, la humillación y la degradación sufridas. Con ello, la víctima recupera su reputación y esto contribuye a mejorar su autoestima (32).

Otra autora que señala que la pena tiene efectos beneficiosos para la víctima es Hörnle, quien considera que, con ella, se evita la culpabilización de la víctima y, además, sirve para expresar las condolencias y la solidaridad de la sociedad para con ella. Si bien esta autora reivindica que la víctima tiene un interés legítimo en el castigo del autor y que es necesario que este se ejecute para que el mensaje de solidaridad llegue hasta ella, apunta que con ello no pretende hacer un alegato a favor de la severidad de las penas, sino a favor de que materialmente se inflija el daño que aquellas anuncian (33). Finalmente, Kaufman señala que la pena es necesaria para satisfacer a la víctima porque, junto a la lesión que genera el delito en el bien jurídico protegido, se genera otro daño, en este caso, al honor de la víctima, y la única forma de que aquel cese es con la pena (34). A partir de estos planteamien-

(31) FLETCHER, G. P., «The Place of Victims in the Theory of Retribution», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, núm. 1, 1999, pp. 51 y ss.

(32) GÜNTHER, K., «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», en Prittwitz, C./Baurmann, M./Günther, K./Kuhlen, L./Reinhard, M./Nestler, C./Schulz, L. (edits.): *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 207 y ss.

(33) HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», en *Juristen Zeitung*, núm. 19, 2006, pp. 955-956.

(34) KAUFMAN, W. R. P., *Honor and revenge: a theory of punishment*, Springer, Nueva York, 2013, pp. 122 y ss.: esta idea se enmarca en la teoría de la pena que formula el autor, que se corresponde con la teoría de la retribución, pero basada en la defensa del honor de la víctima.

tos, se afirma la existencia de una suerte de derecho de la víctima al castigo del autor del delito.

Greco ha criticado esta pretendida justificación de la pena en la satisfacción de la víctima por varios motivos: porque se trata de una teoría incompleta, dado que no incluye a los delitos sin víctimas; porque pone en cuestión la persecución pública de los delitos; y porque resulta perjudicial, ya que no incorpora motivos para cuestionar la pena y así la hace inatacable. Este autor aprecia que, de esta forma, se construye una teoría de la pena al servicio de un «punitivismo simbólico-populista» que niega la «tradición de escepticismo en cuanto a la pena» (35).

En nuestra doctrina, Silva Sánchez y Gil Gil son dos de los penalistas que más frontalmente han criticado la posibilidad de que la satisfacción de la víctima constituya un fin penal. Y, especialmente, que de ello se pueda derivar un derecho de la víctima al castigo del autor. Silva Sánchez critica que, con este tipo de planteamientos, se afirma que la legitimación del castigo efectivo no depende de razones preventivas, sino de un derecho de las víctimas frente al Estado, que redundaría en un deber de castigar de este. Asimismo, sostiene que, en el ordenamiento jurídico español, no existe ninguna previsión que permita afirmar la existencia de un derecho de la víctima al castigo penal, puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva se traduce en un derecho de acción y no de garantía del éxito de la pretensión punitiva (36). Además, apunta que «carece de sentido que el Estado se empeñe en asignar a la facticidad de la pena una función satisfactiva de la víctima», puesto que «la "reparación suficiente" pretendida por aquella se mueve en realidad en otro plano: precisamente, en el horizontal» (37). Y, finalmente, añade que con ello se alimenta el rencor y la venganza que, si bien «son emociones reactivas prácticamente inherentes, al menos en un primer momento, a la

(35) Greco, L., «¿Penalista con la conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima», en De Vicente Remesal, J., Díaz y García Conlledo, M., Paredes Castañón, J. M., Olaizola Nogales, I., Trapero Barreales, M. A., Roso Cañadillas, R., Lombana Villalba, J. A. (dirs.): *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. I., Reus, Madrid, 2020, p. 197.

(36) Silva Sánchez, J. M., «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, pp. 169-171.

(37) Silva Sánchez, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 181.

condición de víctima», contribuyen a una «espiral» de violencia que va en contra de la superación de dicha condición (38).

Por su parte, Gil Gil critica que la incorporación del fin penal de satisfacción de la víctima «no solo puede anular todos los demás, sino, incluso, transformar radicalmente el significado de la pena» y hacer que el *ius puniendi* del Estado se convierta en una especie de *oficcium puniendi* u obligación estatal de castigar (39). La autora afirma que, así, los derechos y garantías del sujeto infractor quedan «reducidos a meros intereses individuales que, además, según esta ideología, deberían ceder ante el interés siempre prevalente de la víctima» (40). Por otro lado, Gil Gil cuestiona la idea de que la pena pueda satisfacer a la víctima, puesto que los efectos tanto del delito como del proceso penal y el castigo «son diferentes en cada víctima, dependiendo de gran variedad de circunstancias», y, en cualquier caso, se posiciona en contra de la afirmación de un derecho de la víctima al castigo del autor del delito (41).

Finalmente, Tomás-Valiente Lanuza también critica el fin de satisfacción de la víctima a través de la pena. Esta autora señala que, desde estos posicionamientos, «se transmite continuamente una crítica a la falta de castigo (al castigo estimado insuficiente o benigno, también en la forma de ejecución) como una suerte de burla a la víctima y (…) a su dignidad» y, con ello, al final «pareciera que lo necesitado de justificación no es el castigo, sino la falta de él o el castigo percibido como excesivamente benigno» (42).

En nuestra doctrina no se han elaborado teorizaciones que defiendan un fin penal de satisfacción de la víctima como las expuestas unas líneas más arriba. Sin embargo, dichas ideas están alineadas y favorecen un fenómeno que sí se aprecia en nuestro país: el protagonismo político-criminal de las víctimas de los delitos.

---

(38) Silva Sánchez, J. M., 2018, *op. cit*., p. 207.

(39) Gil Gil, A., 2016, *op. cit*., pp. 3-4.

(40) Gil Gil, A., «Las teorías de la pena orientadas a la víctima», en Silva Sánchez, J./Queralt Jiménez, J. J./Corcoy Bidasolo, M./Castiñeira Palou, M. T. (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017(a), p. 324.

(41) Gil Gil, A., 2017(a), *op. cit*., pp. 324-328.

(42) Tomás-Valiente Lanuza, C., «El interés de la víctima en la pena del delito. Algunas reflexiones», en Pozuelo Pérez, L., Rodríguez Horcajo, D. (coords.): *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, pp. 38-39.

2. La trampa del protagonismo político-criminal de las víctimas de los delitos

Desde hace unos años, las víctimas de los delitos disfrutan de una considerable atención en el debate político-criminal (43). Si bien el reconocimiento y la atención a las víctimas era –y es– una tarea imprescindible que tanto la comunidad internacional como los Estados debían emprender, es necesario cuestionar la centralidad que se ha dado al enfoque político-criminal para la consecución de tales objetivos (44).

El protagonismo político-criminal de las víctimas se ha visto favorecido por el actual clima de inseguridad, que alimentan los medios de comunicación (45), y que se genera en el marco de la cultura individualista propia de la era neoliberal (46). En una sociedad en la que se ha instalado la idea de que todos los ciudadanos y ciudadanas corre-

(43) Cerezo Domínguez, A. I., 2010, *op. cit*., p. 12: «es innegable una nueva tendencia a prestar especial interés y atención a las demandas de las víctimas a la hora de configurar las decisiones legislativas penales, hasta el punto de que se podría afirmar que la perspectiva de la víctima se ha convertido en uno de los principios inspiradores de la política criminal española».

(44) Vives Antón, T. S., «La dignidad de todas las personas», en Arroyo Zapatero, L., Lascuraín Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (eds.), Rodríguez Yagüe, C. (coord.): *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 180.

(45) Cerezo Domínguez, A. I., 2010, *op. cit*., p. 33: «es frecuente observar cómo los medios de comunicación presentan una realidad criminal inexacta. Se sobredimensiona la gravedad y la frecuencia de ciertos acontecimientos, contribuyendo de este modo a la aparición y refuerzo de errores cognitivos en el auditorio, principalmente respecto a la probabilidad de ser víctima del delito».

(46) Garland, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 324: «¿Por qué la imagen de la víctima que sufre resulta ahora tan central en la cuestión del delito y en nuestras respuestas frente a ella? Porque en la nueva moralidad del individualismo de mercado las instituciones públicas carecen de fuerza y el derecho del Estado carece de autoridad. Toda mutualidad y solidaridad existente se alcanza a través de la identificación directa de los individuos entre sí y no con la organización política o las instituciones públicas a las que pertenecen. En un mundo en el que los sentimientos morales se privatizan junto con todo lo demás, la indignación moral colectiva nace más fácilmente de una base individualizada y no de una base pública. (…) La nueva importancia que se le asigna a la figura de la 'víctima' no surge de la realidad de la victimización –de esto siempre ha habido mucho–, sino de la nueva importancia de la identificación visceral en un contexto donde existen pocas fuentes de mutualidad». Asimismo, Del Rosal Blasco, B., «¿Hacia un Derecho penal de la postmodernidad?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009, pp. 50-51, afirma que la víctima, convertida en «un icono, un sujeto político ideal y artificial», funciona, en la sociedad actual, plural y fragmentada, como «el único elemento que parece capaz de unirla».

mos un alto riesgo de convertirnos en víctimas de delitos (47), se ha pasado de la consideración de que el interés de las víctimas se encuentra subsumido en el interés público a la convicción de que es la víctima «la que subsume dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad» (48). Esta renovada atención a las víctimas de los delitos ha tenido diversos efectos en la configuración de la política criminal (49). Y ha conducido, en algunos casos, al punitivismo y a la reducción de las garantías frente al poder de castigar (50), favoreciendo, a su vez, las tendencias securitarias con las que se encuentra alineada (51).

En este punto, quiero reiterar una apreciación fundamental que ya he realizado al principio del texto: no es que el reconocimiento de los derechos de las víctimas implique necesariamente el aumento punitivo y la supresión de garantías, sino que es su articulación en térmi-

(47) Se han referido a la tendencia a la identificación social con la víctima: GARLAND, D., 2001, *op. cit*., p. 242; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 46; SIMON, J., *Gobernar a través del delito*, Gedisa, Barcelona, 2007, pp. 109 y ss.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., 2010, *op. cit*., p. 25; HERRERA MORENO, M., «¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014, pp. 371-372: denomina «*panvictimidad*» o «*pan-victimización*» a «la cultura creadora de indefensión» que, con un modelo securitario, produce el «desarme moral de una sociedad aterrorizada, conducida a la asunción generalizada de vulnerabilidad». Asimismo, una crítica desde la perspectiva filosófica: GIGLIOLI, D., *Crítica de la víctima*, Herder, Barcelona, 2017. Y, recientemente: PITCH, T., *Il malinteso della vittima*, Gruppo Abele, Torino, 2022.

(48) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo Derecho penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 6, 2004, pp. 9-10. La misma idea en DEL ROSAL BLASCO, B., 2009, *op. cit*., p. 46.

(49) CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., 2010, *op. cit*., pp. 89-92: enumera una serie de efectos que ha tenido el protagonismo de las víctimas en la política criminal: una «refocalización de la delincuencia sobre los delitos tradicionales, que tienen una víctima directa, inmediata y tangible»; un cambio en el concepto de delincuente que ahora se identifica con un «extranjero, especialmente violento, al que hay que aplicar las penas más severas del ordenamiento jurídico-penal»; el paso de la prevención primaria a la prevención situacional; o el abandono de «la tendencia bien asentada desde hace tiempo de contar con expertos para elaborar y reformar las leyes penales».

(50) CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., 2010, *op. cit*., p. 12; CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», en *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, p. 51.

(51) HERRERA MORENO, M., 2014, *op. cit*., p. 370: apunta que el protagonismo político-criminal de la víctima funciona como condición de posibilidad para una «eclosión legislativa de signo víctimo-populista y punitivista». PITCH, T., 2022, *op. cit*., pp. 28 y ss.: señala que todo esto, a su vez, está conectado con la centralidad de la idea del riesgo y con la gestión de grupo poblacionales que se categorizan como potencialmente peligrosos (migrantes, reincidentes, etc.).

nos político-criminales –una suerte de *victimología criminal*– la que abre caminos que conducen hasta ello. Porque el protagonismo político-criminal de las víctimas contribuye a reavivar orientaciones retribucionistas de justificación del castigo penal (52). O quizás sea más correcto señalar que genera nuevas formas de retribucionismo, puesto que, en lugar de tener como referencia el delito cometido y su gravedad, se refieren a la satisfacción de los deseos y necesidades de las víctimas, de manera que abren la puerta a la justificación de un incremento punitivo sin límites.

Y no solo eso. La focalización en la estrategia político-criminal tiene también efectos perjudiciales para las propias víctimas porque, en realidad, no se las prioriza (53). Por un lado, entraña un elevado riesgo de instrumentalización política de las víctimas (54), de forma que, a pesar de que se proclame que el objetivo es la mejora del estatus de las víctimas, en la práctica, esta no se produce y dicha narrativa contribuye –en realidad– a la consecución de otros objetivos.

Se ha advertido que el protagonismo político-criminal de las víctimas puede poner en cuestión el monopolio del *ius puniendi* del Estado. Sin embargo, en mi opinión, dicho protagonismo no constituye tal amenaza, sino que, más bien, funciona precisamente al servicio de la búsqueda de nuevas formas de legitimación de ese poder de castigar estatal (55).

A esta manipulación política de las víctimas se refiere, entre otros (56), Tamarit Sumalla, quien entiende que esta se produce por una combinación de tres vías: 1) los discursos públicos de los representantes políticos; 2) la selección que hacen los medios de comuni-

---

(52) Garland, D., 2001, *op. cit*., p. 240.

(53) Muñoz Conde, F., «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo», en *Ciencia Jurídica*, vol. 1, núm. 1, 2012, p. 123: «La *víctima individual* apenas es tenida en cuenta y la relación delincuente-víctima es sustituida por la idea de que todos podemos ser víctimas y, por tanto, el motivo de intervención es la seguridad de todos en general, no la posible lesión de un bien jurídico en particular».

(54) Francés Lecumberri, P., Restrepo Rodríguez, D., *¿Se puede terminar con la prisión? Críticas y alternativas al sistema de justicia penal*, Catarata, Madrid, 2019, pp. 86-87.

(55) Elias, R., «Paradigms and Paradoxes of Victimology», en Sumner, C., Israel, M., O'connell, M., Sarre, R. (edits.): *Victimology: Selected papers from the 8th International Symposium-Conference Proceedings*, Australian Institute of Criminology, Australia, 1996, p. 13.

(56) Por ejemplo, Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., pp. 36-37, mantiene una posición crítica en relación con el papel de las víctimas en la política criminal porque observa que el poder político las instrumentaliza «como coartada justificadora de una política criminal de corte intensamente punitivista y securitaria».

cación a la hora de dar visibilidad a los intereses –¿qué intereses?– de las víctimas –¿qué víctimas?–; y 3) la financiación por medio de subvenciones de las asociaciones de víctimas (57). Además, refuerza este argumento el hecho de que no se hayan elaborado los estudios empíricos necesarios para conocer las consideraciones de las víctimas acerca de sus intereses o necesidades, de manera que las propuestas políticas al respecto se basan en meras «asunciones» sobre lo que quieren o necesitan las víctimas (58). Y, sin embargo, de lo que sí existen muestras es de lo contrario: a pesar del protagonismo de las víctimas, estas han ganado mucho menos de lo prometido (59).

Por otro lado, otro efecto contraproducente para las víctimas derivado de que la atención a sus necesidades se articule en términos político-criminales –y, por tanto, a través del sistema penal– es que, respecto de la victimización, se produce un fenómeno selectivo similar al que opera en relación con la delincuencia. En este caso, en lugar de selectividad penal (60), podría hablarse de *selectividad victimal* (61) o, como señala Herrera Moreno, de «*víctima selecta*», para evidenciar el «rechazo experimentado por determinadas víctimas, a las que el sistema rehúsa reconocer, de modo discriminatorio» (62). La selectividad victimal conecta con la «víctima ideal» que definió Christie (63),

(57) Tamarit Sumalla, J. M., «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», en *InDret*, núm. 1, 2013, pp. 17-18.

(58) Cerezo Domínguez, A. I., 2010, *op. cit*., p. 46. También apunta esta idea Garland, D., 2001, *op. cit*., p. 240, cuando señala que se «intenta dar un lugar privilegiado a las víctimas», pero «en realidad, ese lugar es ocupado por una imagen proyectada y politizada de "la víctima" *más que por los intereses y opiniones de las mismas víctimas*».

(59) En este sentido, merece la pena destacar, en relación con las víctimas de violencia de género –respecto de las que se han aprobado algunas de las reformas penales más importantes–, que en el estudio de Tamarit Sumalla, J. M., Aizpitarte Gorrotxategi, A., Hernández Hidalgo, P., Arantegui Arràez, L., «La impotencia de la justicia penal ante la violencia de género: visiones de los profesionales y de las víctimas», en *Revista Electrónica de Criminología*, vol. 3, 2020, p. 14, se concluye que existe una «limitación intrínseca» del sistema de justicia penal para dar respuesta a las necesidades de las víctimas.

(60) Baratta, A., *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, BdeF, Buenos Aires, 2004, pp. 171 y 184-185.

(61) Elias, R., «Community Control, Criminal Justice and Victim Services», en Fattah, E. A. (edit.): *From Crime Policy to Victim Policy*, St. Martins Press, Nueva York, 1986, p. 301; Varona Gómez, D., «El papel de la víctima en un Derecho penal democrático», en Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (coords.): *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, p. 92.

(62) Herrera Moreno, M., 2014, *op. cit*., p. 356.

(63) Christie, N., 1986, *op. cit*., pp. 18-21: la «víctima ideal» se corresponde con una persona o una categoría de personas a las que, cuando sufren un ataque, se les otorga más fácilmente el estatus completo y legítimo de víctima. Para ello, deben

y es un mecanismo selectivo que funciona tanto en negativo como en positivo (64): reconoce y ensalza a determinadas víctimas –y/o victimizaciones– (65), y cuestiona, niega o, incluso, culpa (66), o, directamente, ignora u olvida a otras (67).

---

concurrir cinco elementos: 1) que la víctima sea considerada débil (por ejemplo, una persona enferma, un/a niño/a o un/a anciano/a); 2) que, en el momento de la comisión del delito, la víctima se encontrase realizando una labor respetable (por ejemplo, cuidar de su hermana enferma); 3) que, en el momento de la comisión del delito, la víctima se encontrase en un lugar en el que no se estuviera exponiendo al peligro (por ejemplo, una calle transitada durante el día); 4) que el sujeto agresor tenga unas características por las que se le pueda atribuir maldad y superioridad respecto de la víctima; 5) y que no existiera una relación previa entre el sujeto agresor y la víctima (p. 18). Como ejemplo, se refiere al supuesto de la violación, en el que el «caso ideal» es el de la chica virgen de camino a casa tras visitar a unos parientes enfermos, golpeada o amenazada duramente antes de ceder; del que queda muy lejos el de la mujer experimentada que vuelve a casa de un bar y, todavía más, el de la prostituta que intenta acudir a la policía en caso de violación (p. 19). En este sentido, añade una sexta condición de la «víctima ideal»: debes contar con «el poder suficiente para dar a conocer tu caso y reclamar con éxito el estatus de víctima ideal». Herrera Moreno, M., 1996, *op. cit*., pp. 173-180: partiendo de la formulación de Christie, se refiere a la «víctima socialmente idónea», como aquella que cuenta con las siguientes características: 1) tiene un status social poco relevante; 2) no ha contribuido en la precipitación del delito; 3) evitar los «contextos intrínsecamente arriesgados»; 4) en caso de encontrarse en un contexto delincuencial, tiene una excusa socialmente válida o una «justificación situacional»; 5) se ha resistido ante la actuación criminal. En este sentido, en una publicación más reciente, Herrera Moreno, M., 2014, *op. cit*., p. 361, señala que la *víctima ideal* supone una «selección estereotipada de determinadas categorías de víctimas» que comporta «exigencias de vulnerabilidad extrema». Por su parte, Van Dijk, J., «Free the Victim: A critique of the Western Conception of Victimhood», en *International Review of Victimology*, vol. 16, núm. 1, 2009, p. 21, al respecto del concepto de *víctima ideal*, critica que este se basa en una concepción idealizada del victimismo, arraigada en la moral cristiana, que no resiste el escrutinio empírico.

(64) Daza Bonachela, M. M., 2016, *op. cit*., p. 91.

(65) Landa Gorostiza, J. M., 2017, *op. cit*., p. 272: critica la atención selectiva a determinadas víctimas que se aprecia en la normativa española y destaca especialmente la atención a las víctimas del terrorismo: «Se trata del ámbito sectorial de protección que más se ha entronizado y situado a las víctimas en el imaginario colectivo hasta el punto de que probablemente ha sido y sigue siendo "la víctima" por excelencia». Y apunta que esto contrasta con la atención que se ha dado a otras víctimas de violencia política, como las de la dictadura franquista. Asimismo, Cerezo Domínguez, A. I., 2010, *op. cit*., p. 35, afirma que «[e]s evidente que en nuestro país algunas víctimas se oyen más que otras». Al hilo de lo anterior, Tamarit Sumalla, J. M., 2013, *op. cit*., p. 9, recuerda que «el poder siempre ha buscado legitimidad utilizando las víctimas "propias" y olvidando o negando las "ajenas"».

(66) Herrera Moreno, M., 1996, *op. cit*., p. 171: se refiere a ellas como las «víctimas culpadas».

(67) Daza Bonachela, M. M., 2016, *op. cit*.: apunta que se genera una «jerarquización de las víctimas mediante decisiones políticas» (p. 91) y, en este sentido, observa que hay víctimas «de primera», «de segunda», «de tercera», e incluso otras que

Así, por ejemplo, hay victimizaciones que no son reconocidas como tales (68). Hay otras que podrían serlo en caso de que se pusieran en conocimiento del aparato policial y judicial, pero cuyas víctimas no acuden a él porque la activación del sistema penal entraña para ellas otros riesgos (69). Es el caso, por ejemplo, de las personas migrantes quienes, como apunta Brandariz García, presentan la particularidad de resultar vulnerables como consecuencia de «un estatuto jurídico claramente diferenciado y subordinado» (70). Las personas migrantes viven bajo la amenaza de la actuación estatal en su contra, en forma de expulsión del territorio español, de manera que eso hace más difícil que acudan a demandar su protección (71). Otro caso en el que se intensifican los riesgos que genera el propio sistema penal para la víctima se da cuando esta ejerce la prostitución (72), cuando ha

---

resultan «invisibles» (p. 309). Desde la doctrina italiana, VENTUROLI, M., «La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche», en *Archivio Penale*, núm. 2, 2021, p. 18, se refiere a la existencia de un *Derecho penal de la desigualdad*, en el que el redescubrimiento del sujeto pasivo del ilícito penal resulta principalmente direccionado hacia algunas *especies* de víctimas, de manera que hay víctimas sobreexpuestas y víctimas olvidadas.

(68) En este sentido, HERRERA MORENO, M., 2014, *op. cit*., p. 361, señala que se trata de «una selección sostenedora del *status quo*», de manera que «queda excluida la que alegue un victimario corporativo, pues, admitir dicho abuso, podría llevar a evidenciar un desequilibrio estructural, más allá de lo episódico, que no se desea revertir».

(69) Sobre esta problemática en relación con el recurso a la policía en caso de víctimas de violencia de género, *vid.*: BLAY GIL, E., «Voy o no voy: el recurso a la policía en el caso de la violencia de género. Perspectivas de las víctimas», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 369-400. Asimismo, en el ámbito anglosajón, recientemente, *vid.*: BARLOW, C., WALKLATE, S., «Who is the victim? Exploring the complexities of misidentification», en *Criminology & Criminal Justice*, vol. 0, 2025, pp. 1-17.

(70) BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Victimización de migrantes», en Tamarit Sumalla, J. M. (coord.): *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 46: «su singular vulnerabilidad no es (sólo) una cuestión material, fenoménica, sino una realidad que se sustenta en una específica situación normativa». Otro caso, en el que se intensifican los riesgos que genera el propio sistema penal a la víctima, se da cuando la víctima, además de ser migrante, ejerce la prostitución.

(71) GERMÁN MANCEBO, I., «Las víctimas ante el Derecho y la justicia: virtualidades y límites de la justicia victimal y la justicia restaurativa», en Zamora, J. A. (edit.): *Sufrimiento social y condición de víctima. Retos sociales, políticos y éticos*, Anthropos, Barcelona, 2021, pp. 221-222.

(72) Se refiere a ello PEREDA BELTRÁN, N., «Prostitución y victimización: un análisis de riesgo», en Tamarit Sumalla, J. M., Pereda Beltrán, N. (coords.): *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 238-239. Asimismo, DAZA BONACHELA, M. M., 2016, *op. cit*., observa este fenómeno en el caso de «las personas que ejercen la prostitución, las personas con discapacidad psíquica o intelectual o los inmigrantes ilegales», cuyas «victimizaciones no suelen ser denunciadas ante la policía ni sometidas a la Justicia, sino que per-

cometido un delito (73), o cuando se dan varias de estas circunstancias o, incluso, todas ellas al mismo tiempo.

Por otra parte, también, hay víctimas que acuden al sistema penal y son reconocidas por él como tales, pero que, durante el proceso, se enfrentan a un conjunto de ideas preconcebidas sobre sus emociones y su comportamiento, además de una serie de imperativos morales o expectativas de cuál es su rol (74) y son cuestionadas porque no cumplen con los rasgos de la «víctima ejemplar» (75).

El caso de la victimización de personas privadas de libertad por parte de la institución penitenciaria y/o del funcionariado que forma parte de ella (76) es muy particular porque constituye una victimización que es susceptible de *no* ser *seleccionada* por todos los motivos anteriores. En primer lugar, porque no se reconozca la victimización, entendiéndose que determinados sufrimientos son parte de lo que la persona debe soportar con la pena. En segundo lugar, porque no se ponga en conocimiento de las autoridades correspondientes por miedo a represa-

---

manecen formando parte de la llamada cifra negra» (p. 113), puesto que acaban siendo «más castigadas que protegidas cuando se ha priorizado su consideración como inmigrantes ilegales a la de víctimas merecedoras de protección y reparación» (p. 309). En este sentido, Mac, J., Smith, M., *Putas insolentes. La lucha por los derechos de las trabajadoras sexuales*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2020, pp. 138 y ss.: denuncian que, en las fronteras de todo el mundo, quienes ejercen la prostitución son tratadas a la vez como víctimas y como delincuentes, y critican la hipocresía de la proclama de la «guerra contra la trata» (p. 139), puesto que, detrás de ella, se esconde «cómo las políticas antimigratorias *producen* ese daño que llamamos trata, permitiendo a los políticos antimigrantes presentarse como héroes contra la trata, también cuando ponen en marcha sus políticas en contra de los y las migrantes» (p. 142).

(73) En este sentido, resulta ilustrativa la interpretación que se ha hecho por parte del Tribunal Supremo del principio de no punición que se regula en el artículo 177 bis para los casos de trata con fines de explotación para la realización de actividades delictivas. Vid.: Martínez Escamilla, M., «La ligereza del Tribunal Supremo ante las víctimas de trata. Sentencia 960/2023 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre», en *Crítica Penal y Poder*, núm. 26, 2024, pp. 1-14.

(74) Van Dijk, J., 2009, *op. cit*., p. 24: sostiene que el *etiquetado* de las víctimas debe considerarse un proceso que se activa por el entorno social de las víctimas en el que estas deben aceptar un estatus que limita su libertad de comportamiento o comprometerse activamente en la *renegociación* de su identidad. Asimismo, en Daza Bonachela, M. M., 2016, *op. cit*., p. 49.

(75) Herrera Moreno, M., 2014, *op. cit*., p. 387.

(76) Para un análisis en profundidad de este tipo de victimización, *vid.*: Varona Martínez, G., «Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales», en Tamarit Sumalla, J. M./Pereda Beltrán, N. (coords.): *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 247 y ss. Anteriormente, hizo referencia a esta victimización, entre otros: Landrove Díaz, G., 1990, *op. cit*., pp. 140-141; Neuman, E., *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, pp. 247 y ss.

lias o a que no prospere la denuncia. O, en tercer lugar, porque, cuando sí se denuncie, durante el proceso penal que, en su caso, se inicie, la balanza se incline siempre hacia la desconfianza en el relato de la víctima y la presunción de veracidad de los victimarios, como consecuencia de que la etiqueta de *delincuente* prevalezca sobre la de *víctima*.

Esta selectividad victimal es uno de los factores generadores de procesos de victimización secundaria, que es la que se produce como consecuencia de la respuesta institucional a la victimización primaria generada por el delito (77). La victimización secundaria no aparece solo cuando las instituciones penales tratan de manera incorrecta a las víctimas. Cuando el sistema penal funciona con *normalidad* ante la comisión de un delito –es decir, cuando reconoce a la víctima y la trata como está previsto, con sus medios y dentro de sus dinámicas–, en ocasiones, también se producen supuestos de victimización que provienen de las propias características y dinámicas del sistema (78).

---

(77) De acuerdo con el Manual de Justicia sobre el uso y aplicación de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* de las Naciones Unidas (1999): «La victimización secundaria se refiere a la victimización que ocurre no como un resultado directo de la acción delictiva sino a través de la respuesta de las instituciones y los individuos hacia la víctima». TAMARIT SUMALLA, J. M., 2006, *op. cit*., pp. 32-33, ofrece una definición más completa y detallada de la victimización secundaria: «constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento. El concepto comprende los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral. En un sentido más extenso cabe también considerar los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación». Por su parte, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 128, señala que la victimización secundaria «abarca los costes personales derivados de la intervención del sistema legal, que, paradójicamente, incrementa los padecimientos de la víctima. Así el dolor que causa a ésta revivir la escena del crimen al declarar ante el Juez; el sentimiento de humillación que experimenta cuando los abogados del acusado le culpabilizan argumentando que ella misma provocó con su conducta el delito (*vg.* agresión sexual); el impacto traumatizante que pueden causar en la víctima los interrogatorios policiales, la exploración médico forense o el reencuentro con el agresor en el juicio oral, etc.». Por último, GERMÁN MANCEBO, I., 2021, *op. cit*., p. 220, define la victimización secundaria como «el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal» y que «proviene de la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema de justicia penal».

(78) SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, 2004, pp. 223-224; NAKAHIRA, M., «Victimización secundaria y derechos humanos», en Del Carpio Delgado, J./García Álvarez, P. (coords.): *Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 319.

El fenómeno de la victimización secundaria se ha comprobado a través de estudios empíricos (79), y algunos/as autores/as afirman que puede resultar incluso más negativa que la victimización primaria «porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige al mismo solicitando justicia y protección» (80).

3. ¿Qué necesitan las víctimas y qué puede ofrecerles el Derecho penal?

Las críticas que se han expuesto en relación con el protagonismo político-criminal de las víctimas y su atención desde el sistema penal no deben conducir a negar la necesidad de atender a las víctimas de los delitos. Y, en ningún caso, se puede permitir que vuelvan a quedar ignoradas. La cuestión es que, para atender a las víctimas y para determinar en qué aspectos y de qué manera debe hacerlo el sistema penal, es fundamental formular dos preguntas: en primer lugar, ¿qué necesitan las víctimas?, y, en segundo lugar, ¿qué puede ofrecerles el Derecho penal?

La respuesta a la primera pregunta (qué necesitan las víctimas) debe partir de una previa complejización del fenómeno de la victimización. En este sentido, es necesario abandonar lo que habitualmente resultan meras asunciones o generalizaciones y, en su lugar,

---

(79) Varona Martínez, G., *Policía y víctimas: pautas para evitar la victimización secundaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 70. Por ejemplo, en un estudio elaborado hace pocos años por Tamarit Sumalla, J. M., Aizpitarte Gorrotxategi, A., Hernández Hidalgo, P., Arantegui Arràez, L., 2020, *op. cit.*, pp. 13-14, se analizaron las percepciones y experiencias de profesionales y víctimas de violencia de género en relación con el proceso judicial, y se concluyó lo siguiente: por un lado, la existencia de limitaciones intrínsecas del sistema penal (pp. 13-14: «hay evidencias del impacto negativo que tiene la estructura del proceso penal para muchas víctimas, que se sienten despreciadas, cuestionadas o culpabilizadas por los interrogatorios o por otros aspectos del proceso») –que conviven con las elevadas expectativas que la sociedad deposita en la respuesta penal– y, por otro lado, la presencia de deficiencias en su funcionamiento, como las dilaciones en el proceso, que las víctimas no sean escuchadas (p. 14: aunque el proceso judicial no es el espacio más adecuado para atender a la necesidad de las víctimas de ser escuchadas, «el estudio ha permitido comprobar que una buena práctica profesional puede hacer sentir a las víctimas que tienen voz en el procedimiento»), o que se sientan culpabilizadas, las cuales generan supuestos de victimización secundaria.

(80) Landrove Díaz, G., 1990, *op. cit*., p. 44, «porque su nocividad se añade a la derivada del delito, porque la víctima se siente especialmente frustrada en sus expectativas y, sobre todo, porque tal proceso afecta al prestigio del propio sistema y condiciona negativamente la actitud de la víctima y del colectivo social respecto del mismo». También hacen esta valoración: Nakahira, M., 2018, *op. cit*., p. 303; y Magro Servet, V., «El derecho de la víctima a tener miedo en el proceso penal y la afectación a su credibilidad», en *Diario La Ley*, núm. 9809, 2021, p. 11.

debe recurrirse al conocimiento que ofrecen disciplinas distintas al Derecho penal. Principalmente, la victimología (81) –que se integra de aportaciones de la psicología, la sociología o la criminología–, y, específicamente, la victimología crítica (82) y los estudios victimológicos (83).

Teniendo esto en cuenta, la primera respuesta que se puede dar al interrogante planteado es que la victimización «es una experiencia individual, subjetiva y culturalmente relativa» (84) y que, para comprenderla, es necesario conocer la situación de la víctima, su contexto y analizar el caso concreto (85). Esto equivale a negar radicalmente cualquier posible concepto de *víctima ideal* (86) y a huir de esencialismos excluyentes (87). A partir de aquí, se puede continuar dando respuestas al interrogante sobre los deseos y necesidades de las víctimas, pero todas ellas parciales y en sentido negativo.

Con esta premisa, una de las respuestas que pueden darse es que *no todas* las víctimas son vengativas o desean que se castigue al sujeto responsable de su victimización (88). Existe una especie de asunción

---

(81) Tamarit Sumalla, J. M., 2006, *op. cit*., pp. 21-22: es imprescindible «afirmar el espacio propio de nuestra disciplina [la victimología]».

(82) Larrauri Pijoan, E., 1992, *op. cit*., p. 24.

(83) Tamarit Sumalla, J. M., «Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 13, 2017, p. 117.

(84) Fattah, E. A., 2014, *op. cit*., p. 10. Reproduce la misma idea Daza Bonachela, M. M., 2016, *op. cit*., p. 106: «La victimización se vive como una experiencia individual, subjetiva y relativa culturalmente, un fenómeno complejo, que obliga a considerar factores de carácter individual, social y cultural, que pueden determinar, según se ha visto, el hecho de llegar a ser víctima y que, por otra parte, condicionan y modulan el impacto del hecho traumático sobre la víctima, su modo de vivir la experiencia, y la respuesta social a la victimización».

(85) Daza Bonachela, M. M., 2016, *op. cit*., p. 50. Asimismo, Garro Carrera, E., «De lo que quieren las víctimas… Y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (coords.): *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, p. 142.

(86) Como apunta Pitch, T., 2022, *op. cit*., pp. 81 y ss., la figura principal –o *ideal*– de la víctima es femenina e incorpora en ella el rol de género que se impone a las mujeres. Por eso, la perspectiva feminista requiere que se vigilen este tipo de tendencias a través de las cuales, lejos de construirse estrategias emancipadoras, se refuerzan los estereotipos que dicen a las mujeres como deben ser y comportarse.

(87) Herrera Moreno, M., 2014, *op. cit*., pp. 403-404: «Solo ello garantizaría, en el seno social y en el sistema de control, un lugar para víctimas híbridas impuras, *resilientes*, beligerantes, en suma, sencillamente, humanas».

(88) Barber Burusco, S., «La intervención de la víctima en el cumplimiento de la pena de prisión», en De Vicente Remesal, J., Díaz y García Conlledo, M., Paredes Castañón, J. M., Olaizola Nogales, I., Trapero Barreales, M. A., Roso Cañadillas,

de que todas las víctimas quieren venganza y, por este motivo, se las conecta rápidamente con el punitivismo. Sin embargo, como apunta Van Dijk, en realidad, la presunción de punitividad intrínseca de la víctima constituye, en gran medida, un mito, y la investigación victimológica así lo ha demostrado (89). Por su parte, Tamarit Sumalla señala que los resultados de los estudios victimológicos que analizan los sentimientos vengativos por parte de las víctimas «no son concluyentes y muestran la existencia de importantes diferencias individuales» (90).

No obstante, la superación de esta presunción tampoco debe traducirse en la negación de los deseos de venganza allí donde existan –la respuesta es *no todas*–. En primer lugar, porque, como apuntan Echeburúa/Cruz Sáez, las estrategias de afrontamiento de los sucesos traumáticos se caracterizan por su pluralidad y complejidad y, entre ellas, pueden encontrarse también los sentimientos de venganza, y «la negación social de su necesidad psicológica es una segunda agresión» (91). Y, en segundo lugar, porque cómo no van a desear muchas víctimas el castigo de su victimario si el sistema penal –que se encarga de castigar– es el único marco en el que pueden obtener su reconocimiento. De esta forma, se impone a las víctimas una escala de reconocimiento que se rige en función de la dureza de la condena, es decir, que obliga a las víctimas a medir la

---

R./Lombana Villalba, J. A. (dirs.): *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. II., Reus, Madrid, 2020, p. 1239: «entiendo que puede suceder y que es comprensible que muchas víctimas reales puedan sentirse reconfortadas con el castigo impuesto al autor, que se sientan más seguras mientras el autor del delito se encuentre en prisión y que incluso esta circunstancia les permita restablecer su equilibrio psíquico, pero no parece que esos sentimientos y necesidades puedan predicarse de todas las víctimas y tampoco que deban ser elevados a la categoría de fin de la pena».

(89) Van Dijk, J., 2009, *op. cit*., p. 20. También en: Larrauri Pijoan, E., 1992, *op. cit*., p. 24; Daza Bonachela, M. M., 2016, *op. cit*., p. 114; Varona Martínez, G., Zuloaga Lojo, L., Francés Lecumberri, P., *Mitos sobre delincuentes y víctimas. Argumentos contra la falsedad y la manipulación*, Catarata, Madrid, 2019, p. 106.

(90) Tamarit Sumalla, J. M., 2017, *op. cit*., p. 118. Asimismo, en un estudio empírico elaborado recientemente, Tamarit Sumalla, J. M., Aizpitarte Gorrotxategi, A., Hernández Hidalgo, P., Arantegui Arràez, L., 2020, *op. cit*., p. 11, concluyen lo siguiente: «La satisfacción con la sentencia parece relacionarse con las expectativas respecto a la justicia, que son muy diversas entre las víctimas, manifestando algunas de ellas deseos punitivos, mientras otras indican que no desean que el acusado vaya a prisión, siendo éste incluso un temor que puede generarles sentimientos negativos sobre el proceso judicial. El rechazo a la prisión es muy explícito en algunas víctimas».

(91) Echeburúa, E., Cruz Sáez, M. S., «De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso», *Revista de Victimología*, núm. 1, 2015, p. 89.

veracidad y la gravedad de su victimización de acuerdo con la condena penal que se dicte (92). Así, se entiende que, cuanto más dura sea la condena, más se habrá creído a la víctima y más justa habrá sido la respuesta. Por tanto, es el propio sistema el que fomenta que las víctimas reclamen más castigo (93), puesto que se ofrece la pena como forma de reconocimiento y como medida de la veracidad y de la gravedad de su victimización (94).

Además, hay que tener en cuenta que de esta forma también se perjudica a las víctimas. Por un lado, porque, al identificarlas con la venganza, o se las instrumentaliza políticamente o «se las excluye del debate de la política criminal por tacharlas de demasiado 'emocionales y punitivas'» (95). Y, por otro lado, porque, en términos psicológicos, el sentimiento de venganza supone quedarse «anclado en el resentimiento» lo que, a su vez, «produce una insatisfacción con la

(92) Elias, R., 1996, *op. cit*., p. 21: se pregunta cómo podemos esperar que las víctimas no crean que quieren venganza cuando la ideología de la ley y el orden y el movimiento de víctimas dominante les han enviado repetidamente el mensaje de que castigar severamente a los delincuentes es lo que necesitan. En este sentido, critica que, en nuestra cultura de soluciones violentas, no se da a las víctimas otro modelo que el de la venganza.

(93) Larrauri Pijoan, E., «Criminología crítica: abolicionismo y garantismo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, 1997, p. 148: señala que no está demostrado que el Derecho frene las respuestas vengativas privadas, y que un sistema penal duro y vengativo puede fomentar un espíritu de venganza en la sociedad.

(94) La *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* de las Naciones Unidas (1985) dio un gran paso al prever que la consideración de víctima no se encuentra condicionada a que el autor de la violación haya sido identificado, detenido, juzgado o condenado. Sin embargo, aquel avance parece haberse quedado en eso. Es cierto que la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, en su Exposición de Motivos, explica que «la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima». Sin embargo, como aprecia Tamarit Sumalla, J. M., 2017, *op. cit*., p. 128, el articulado de la ley «no contiene una cláusula dirigida a aclarar que la condición de víctima es independiente de que haya identificado, detenido, acusado o condenado el infractor». Siendo así, como señala Baca Baldomero, E., «Los procesos de desvictimación y sus condicionantes y obstáculos», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., Tamarit Sumalla, J. M. (coords.): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 254, la realidad es que actualmente el reconocimiento de la victimización en nuestra sociedad pasa por la justicia penal.

(95) Varona Martínez, G., Zuloaga Lojo, L., Francés Lecumberri, P., 2019, *op. cit*., p. 109.

vida y un empobrecimiento de la vida personal y, en algunos casos, puede intensificar los síntomas de depresión y ansiedad» (96).

Otra respuesta parcial y en negativo a la pregunta de qué necesitan las víctimas es que *no todas* las víctimas sufren consecuencias negativas o desarrollan problemas psicológicos a raíz de su victimización (97). Es importante tener en cuenta esto para no caer ni en la patologización ni en la infantilización de las víctimas (98). Y, también, para evitar que se «agrave o entorpezca su capacidad natural de superación post-traumática» y que esto derive en la «cronificación» de la condición de víctima, «de manera que la nueva identidad del sujeto víctima pase a ser una condición permanente» (99).

Estas respuestas evidencian que no es posible contestar de manera categórica y cerrada a qué desean y cuáles son las necesidades de las víctimas. Pero, a su vez, ofrecen información útil para evitar que, con el objetivo de atenderlas, se las acabe perjudicando (100). Y, también, para comprender que la atención a las víctimas debe articularse dando un amplio margen a las particularidades de cada caso y, en este sentido, a lo que las víctimas concretas decidan (101).

---

(96) Echeburúa, E., Cruz Sáez, M. S., 2015, *op. cit*., p. 89.

(97) Echeburúa, E., Cruz Sáez, M. S., 2015, *op. cit*., p. 83: «No hay un "síndrome" de victimización o un conjunto específico de síntomas que caracteriza a todas las víctimas». «Las diferencias individuales en la vulnerabilidad y resiliencia de las personas son responsables de la severidad de la victimización».

(98) Varona Martínez, G., Zuloaga Lojo, L., Francés Lecumberri, P., 2019, *op. cit*., p. 111.

(99) Tamarit Sumalla, J. M., 2013, *op. cit*., p. 13. Igualmente, Herrera Moreno, M., 2014, *op. cit*., pp. 393-394, señala que debe evitarse dejar a las víctimas «varadas en una identidad que las marca como incapaces de progresión autónoma, dependientes de los recursos de *cierre* o *desvictimización* que el sistema les arroje. La etiqueta de víctima operaría así como "*profecía que se cumple a sí misma*", invalidando a las víctimas como agentes activos de resistencia y auto-recuperación, y oficializando factores de vulnerabilidad pre-existentes». Asimismo, Echeburúa, E., Cruz Sáez, M. S., 2015, *op. cit*., p. 93: «El *estatus de víctima* no se debe convertir en algo que confiere una identidad sustantiva a la persona. El enquistamiento de una persona como víctima supone un pesado lastre que debilita y estanca a la persona en el ayer doloroso, manteniéndola esclava del miedo, del rencor y de los sentimientos de venganza».

(100) Herrera Moreno, M., 2014, *op. cit*., pp. 393-394, señala que por eso resulta comprensible que ciertos sectores feministas quieran huir de la victimidad, para evitar que se aboque a la «mujer-víctima (…) bien a ser victimizada por el descrédito, bien a ser victimizada por la condescendencia».

(101) Tamarit Sumalla, J. M., 2017, *op. cit*., pp. 117-118. Sobre la relevancia de reconocer a las víctimas capacidad de agencia en el ámbito penal, *vid.*, recientemente: García Ortiz, A., «La sentencia del Tribunal Constitucional 75/2024 y su impacto en la perseguibilidad semipública», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 43, 2025, pp. 1-30.

No obstante, esto no quiere decir que no se pueda partir de la afirmación de algunas necesidades básicas que a priori tienen todas las víctimas (102), como ser escuchadas y reconocidas –sin ser cuestionadas–, recibir la información que precisen, y que se les ofrezcan las medidas de protección y reparación del daño pertinentes (103). Todo ello, en el camino hacia su *desvictimización* (104), para dejar de ser víctimas –o, en otras palabras, para «rehacer su vida" (105)»–, que

(102) Daza Bonachela, M. M., 2016, *op. cit*., p. 121: «Las necesidades de las víctimas de delitos dependen de su situación y de los daños concretos que sufran a consecuencia de la victimización. (...) Su sistematización, basada en estudios y experiencias sobre lo que se debe hacer, ha concretado una serie de necesidades básicas».

(103) Varona Martínez, G., 2020, *op. cit*., p. 73 recoge, de manera sintética, las siguientes necesidades de las víctimas: seguridad, bienestar, aceptación social, respeto, autonomía, significado de lo ocurrido, y justicia y reparación. Se podría decir que todas las víctimas necesitan justicia, pero no como equivalente a la justicia penal, sino justicia entendida en sentido amplio, puesto que, como afirma Tamarit Sumalla, J. M., 2017, *op. cit*., p. 118, «la idea de hacer justicia tiene elementos psíquicos vinculados al reconocimiento, a la restauración de las creencias, la confianza, el sentimiento de control y la restauración del equilibrio moral entre autor y víctima». Asimismo, Varona Martínez, G., «Elementos victimológicos en la definición de la necesidad de pena: Aportaciones críticas desde la justicia restaurativa», en Juanatey Dorado, C., Sánchez-Moraleda Vilches, N. (dirs.): *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 70, apunta que cuando «muchas víctimas reclaman justicia no están reclamando fundamentalmente castigo, sino apoyo y solidaridad en forma de reconocimiento y reparación».

(104) Se refieren a la importancia de este proceso, por un lado: Tamarit Sumalla, J. M., 2006, *op. cit*., p. 34, puesto que, de esta forma, «se sitúa en un lugar preferente la reintegración social de la víctima y se trata de conjurar riesgos tales como la estigmatización de la víctima, la instalación en la victimación, la explotación de la condición de víctima real o supuesta, la transmisión de la imagen de una posible rentabilidad de la atribución de la etiqueta de víctima o incluso, como en algún momento se ha advertido, el riesgo de la construcción de una "sociedad de víctimas"»; y, por otro lado, Echeburúa, E., Cruz Sáez, M. S., 2015, *op. cit*., p. 92, quienes, en favor del proceso de desvictimización, apuntan que «[l]a víctima es un *estado* (no un *rasgo*) transitorio que provoca un *rol* transitorio y se debe mantener el tiempo en que los mecanismos adaptativos del sujeto (o, en su caso, la ayuda profesional) reparan la situación sufrida». No obstante, Baca Baldomero, E., 2006, *op. cit*., p. 255, advierte de la complejidad de este proceso: «¿cómo deja la víctima de ser víctima? No se trata, como es evidente, de un mero ejercicio de voluntad, ni tampoco de remedios simples tipo "perdón y olvido", aunque ambos mecanismos (el perdón y el olvido) formen parte necesaria del proceso. Se trata en cualquier caso de un proceso largo y complejo, en el que las intervenciones exteriores han de estar dirigidas a facilitarlo y no a dificultarlo y que parte, no obstante, de la necesidad básica de que se haga justicia».

(105) Ortubay Fuentes, M., «Violencia sexista: qué podemos esperar del derecho penal», en Serra, C., Garaizábal, C., Macaya, L. (coords.): Alianzas rebeldes. Un feminismo más allá de la identidad, Bellaterra, Barcelona, 2017, p. 102: se pre-

será el escenario más cercano posible a la situación –ya imposible– más deseable de todas: que la victimización no se hubiera producido nunca (106).

Con estas orientaciones acerca de las necesidades de las víctimas, procede plantear la segunda pregunta: ¿qué es lo que puede ofrecer a las víctimas el Derecho penal? Respondo a esta pregunta partiendo de dos premisas. La primera –aunque pueda parecer una obviedad– es que la actividad a la que se dedica el sistema penal es la de castigar. En tanto en cuanto la labor del sistema penal es la aplicación del castigo, el Derecho penal nunca será el medio idóneo para atender a las víctimas. Podrá tener, sin duda, efectos en ellas. Y viceversa: la forma en que se atienda a las víctimas podrá contribuir a los fines del sistema penal. Pero no será en ningún caso el instrumento adecuado para atenderlas. Y la segunda premisa es que las necesidades de las víctimas son –como se ha expuesto– plurales y diversas. Ni todas son vulnerables ni todas son vengativas. Y, por eso, el Derecho penal no es el instrumento adecuado para atenderlas (107), dado que la atención que necesitan requiere de un margen de flexibilidad que los rígidos esquemas de la justicia penal no permiten (108). De hecho –como ya se ha abordado–, por sus características, los medios penales entrañan un alto riesgo de victimizarlas de nuevo.

Entonces, partiendo de las premisas anteriores, ¿qué puede ofrecer a las víctimas de los delitos el Derecho penal? En mi opinión –una vez

---

gunta qué necesitan las víctimas de violencia de género y responde: «Como cualquier persona que haya sufrido una vulneración de su dignidad y de sus derechos, ellas aspiran a ser escuchadas, a que se conozca lo sucedido y se reconozca la injusticia padecida; y, sobre todo, buscan poder rehacer su vida».

(106) Tamarit Sumalla, J. M., 2006, *op. cit*., p. 34: «Así como la acción preventiva debe tener como objetivo las víctimas potenciales, la intervención con las víctimas reales, una vez se ha producido ya el hecho traumático, debe orientarse fundamentalmente a la desvictimación».

(107) Gil Gil, A., «El papel del Derecho penal en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva», en Gil Gil, A., Maculan, E. (dirs.): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017(b), pp. 387-388; Venturoli, M., 2021, *op. cit*., p. 32: apunta que el Derecho penal ha asumido una dimensión *victimocéntrica*, pero que hay que tener en cuenta que esto no significa que por ello ostente una capacidad real de satisfacer las múltiples necesidades de las víctimas.

(108) Ejemplos de la rigidez a la que me refiero son: la obligación de las víctimas a participar en el proceso penal como testigos, enfrentadas a sus agresores, pero sin ninguna disposición sobre el devenir de ese proceso; o, también, el cuestionamiento del relato de las víctimas (la puesta en duda de su credibilidad), dado que el proceso judicial consiste –precisamente– en la contradicción y sometimiento a prueba de todo lo que se plantee para poder determinar la *verdad judicial,* la cual constituirá el único relato válido.

garantizado el ejercicio de la acción penal (artículos 24.1 CE y 100 y ss. LECrim)–, el Derecho penal puede ofrecer a la víctima del delito lo mismo que al sujeto al que se castiga: garantías para evitar su victimización derivada del funcionamiento del propio sistema penal (109). Es decir, la protección de sus derechos fundamentales frente al aparato penal. Para lo que sin duda debe servir, siempre y en todo caso, el Derecho penal es «para evitar reacciones excesivas por parte del propio Estado» (110). Así, en relación con las víctimas, como afirma Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, se debe evitar su victimización secundaria, no solo por motivos de «humanidad y respeto a la dignidad de las personas, sino que es una exigencia funcional del sistema jurídico penal» (111). En este sentido, Tamarit Sumalla afirma que «el sistema de justicia debe tener como prioridad el impacto que el proceso penal tiene para ellas [las víctimas] en términos de victimización secundaria. No se trata sólo de proteger a las víctimas mediante el sistema de justicia penal sino de protegerlas de éste» (112).

Entendiendo en los términos anteriores las necesidades de las víctimas y lo que el Derecho penal puede –y debe– ofrecerles, no tiene sentido mantener que la necesaria mejora en la atención a las víctimas por parte del sistema penal tenga por qué implicar la afectación a los

(109) Esta misma idea la defiende y desarrolla Alonso Rimo, A., «La víctima y el sistema punitivo: la reconstrucción del fundamento del Derecho penal desde una perspectiva victimológica», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., Tamarit Sumalla, J. M. (coords.): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 309 y ss., quien señala que «la inserción de los derechos de las víctimas en el ámbito de justicia penal no puede articularse de forma disyuntiva a los derechos del delincuente o a los intereses generales, sino que ambos planos –en rigor, como se verá, los tres: víctima, delincuente y Estado– han de armonizarse y concebirse en términos complementarios» (p. 309). En este sentido, plantea que cabe preguntarse si el Derecho penal de las garantías, como límites al *ius puniendi*, que «se ha concebido tradicionalmente desde un prisma unilateral, aplicable en exclusiva al delincuente», es «conveniente que se extienda asimismo a la figura de la víctima». Para que estas ideas no conduzcan a conclusiones equivocadas, el autor precisa lo siguiente: «debe subrayarse inmediatamente a continuación la sustancial diferencia existente entre defender una Administración de Justicia penal respetuosa con los derechos fundamentales de las víctimas y no generadora de victimización secundaria» –que es lo que él propone cuando señala que el Derecho penal garantista debe ocuparse también de las víctimas– y «aquellas otras posiciones que conducen a una orientación del ordenamiento punitivo ajena a las finalidades públicas que lo definen y al servicio de los intereses privados del agraviado, por cuanto esto último sí que derivaría en una privatización y, por dicha vía, en una involución del sistema» (p. 314). En este sentido, considera que debe rechazarse, por ejemplo, un mayor protagonismo de la víctima para la determinación de la sanción penal, así como de las condiciones de su ejecución (p. 315).

(110) Larrauri Pijoan, E., 1997, *op. cit*., p. 149.

(111) Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., 2004, *op. cit*., p. 303.

(112) Tamarit Sumalla, J. M., 2017, *op. cit*., p. 119.

derechos de los sujetos que delinquen. Como explicó Garland, el *redescubrimiento* de la víctima se articuló con base en «un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima» (113). Desde esta lógica, se pretendió determinar que «cualquier demostración de compasión hacia los delincuentes, cualquier mención de sus derechos, cualquier esfuerzo por humanizar su castigo, puede ser fácilmente considerado un insulto a las víctimas y sus familias» (114). Sin embargo, debe cuestionarse este esquema antagónico de raíz, negando la incompatibilidad del respeto de los derechos de las víctimas y de las personas procesadas o condenadas, como si entre ellos existieran «vasos comunicantes» (115). Los derechos de todas, víctimas, personas condenadas y, en general, ciudadanos y ciudadanas, se exigen frente al Estado que es, además, el que tiene mayores posibilidades de restringirlos y, también, de vulnerarlos (116).

Son cada vez más los autores y autoras que niegan el mencionado juego de suma cero entre los derechos de las víctimas y los derechos de los victimarios (117) –en el que subyace un enfrentamiento permanente víctima-victimario (118)–, y que reivindican al Estado la maximización simultánea de ambos estatutos jurídicos (119).

---

(113) Garland, D., 2001, *op. cit*., p. 46.

(114) Garland, D., 2001, *op. cit*., p. 241.

(115) Varona Martínez, G., Zuloaga Lojo, L., Francés Lecumberri, P., 2019, *op. cit*., p. 110.

(116) Elias, R., 1996, *op. cit*., p. 14: señala que típicamente nos ponemos del lado de la víctima contra el delincuente cuando en su lugar deberíamos ponernos del lado de la víctima contra una barrera mucho más seria para el bienestar de la víctima: los funcionarios y el Estado. En este sentido, explica que esto no significa que nos enfrentemos a algún tipo de conspiración estatal intencionada contra las víctimas, sino que pretende sugerir que las prioridades oficiales se encuentran necesariamente en otra parte, enterradas bajo la retórica.

(117) Tonry, M., *Thinking about Crime. Sense and Sensibility in American Penal Culture*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2004, p. 167; Tamarit Sumalla, J. M., 2006, *op. cit*., p. 49; Nistal Burón, J., «Implicaciones de la justicia victimal en el Derecho penitenciario», en *Eguzkilore*, núm. 26, 2012, p. 128; Daza Bonachela, M. M., 2016, *op. cit*., p. 120; Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., p. 34; Garro Carrera, E., 2021, *op. cit*., p. 145.

(118) Varona Martínez, G., 2018, *op. cit*., p. 83: «debemos buscar marcos conceptuales de derechos humanos que permitan contemplar a las víctimas y personas investigadas o condenadas como seres iguales, aunque no idénticos, y distintos, pero no opuestos».

(119) Como ejemplo de que no necesariamente la atención a las víctimas implica el aumento del punitivismo y la rebaja de las garantías que protegen al sujeto procesado o condenado, Gallo, C., Elias, R., «Más allá del castigo. El surgimiento del movimiento de víctimas en los Estados Unidos y Suecia», en *Revista de Victimología*, núm. 8, 2018, se refieren a dos modelos contrapuestos de atención a las víctimas, el de Estados Unidos y el de Suecia: mientras el modelo norteamericano, de ley

Y ello debe hacerse, no solo a través del Derecho penal, sino que es necesario ir más allá, a través de la creación de mecanismos públicos –no penales– de reconocimiento, atención, asistencia y reparación de todas las víctimas (120). En este sentido, la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, LEVD), constituyó un hito fundamental en el reconocimiento y la regulación de los derechos de las víctimas en nuestro ordenamiento.

II. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO Y SU PARTICIPACIÓN EN LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA

La LEVD es la norma legal más relevante en nuestro ordenamiento derivada del proceso de progresivo reconocimiento de los derechos de las víctimas, el cual hunde sus raíces en la etapa posterior al final de la Segunda Guerra Mundial. A partir de entonces, comenzaron a elaborarse documentos e instrumentos que declaraban la necesidad de reconocer los derechos de las víctimas.

En el ámbito internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, que –si bien no es un instrumento vinculante– constituye un texto que ha sido clave en la evolución hacia el reconocimiento de derechos de las víctimas, no solo de los delitos, sino también del abuso de poder de los Estados. Asimismo, en el seno del Consejo de Europa, se han ido aprobando distintas resoluciones y recomendaciones en este sentido (121). Y, por parte de la

---

y orden y de mano dura, «arrojó una imagen de las víctimas y victimarios como seres distintos, en fuerte oposición» y, en consecuencia, llevó a la idea central de que «las víctimas podrían obtener satisfacción con la represión de los infractores, erosionando sus derechos como sospechosos e investigados, incrementando el poder y el uso de la fuerza policiales, y ampliando sus castigos» (p. 11); el modelo sueco se ha guiado por «una 'ideología del cuidado', basada en principios del Estado de Bienestar. Esta ideología defiende que la comunidad debería absorber la carga sufrida por los ciudadanos individuales. La mayor parte de las medidas de reforma en relación con las víctimas de delitos han tenido como objetivo mejorar el apoyo y el tratamiento a las víctimas, más que incumplir los derechos de los infractores. La independencia respecto de las instituciones de ejecución penal y otras agencias gubernamentales ha sido clave para las organizaciones suecas de apoyo a las víctimas» (p. 25).

(120) Tamarit Sumalla, J. M., 2006, *op. cit*., p. 43.

(121) Resolución del Comité de Ministros (77)27, de 28 septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito; el Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos –ratificado por España en 2002–; Recomendación del Comité de Ministros (85)11, de 28 de junio de 1985, sobre la posición

Unión Europea, se han elaborado normas de carácter vinculante. La primera de ellas fue la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001 (122), que después fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

La trasposición de la Directiva 2012/29/UE a nuestro ordenamiento dio como resultado la LEVD (123), regulándose, por primera vez a nivel interno, los derechos de las víctimas desde una perspectiva integral (124).

1. **El estatuto jurídico de la víctima del delito**

El estatuto jurídico de la víctima del delito regulado por la LEVD (125) tiene como objetivo ofrecer una respuesta integral al delito, «no sólo jurí-

---

de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal; Recomendación del Comité de Ministros (87)21, de 17 de septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; Recomendación del Comité de Ministros (2006)8, sobre asistencia a víctimas del delito; Recomendación del Comité de Ministros (2023)2, sobre derechos, servicios y apoyo a las víctimas de los delitos.

(122) Esta fue la primera norma vinculante que se aprobó en el ámbito de la Unión Europea, con el objetivo de que los Estados miembros reconocieran en sus ordenamientos jurídicos determinados derechos de las víctimas de los delitos. Se elaboró después de la aprobación de algunas resoluciones sobre indemnización y asistencia a víctimas en las décadas de los 80 y 90, y de la presentación en 1999 de una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social titulada «Víctimas de delitos en la Unión Europea - Normas y medidas».

(123) Sobre la tramitación parlamentaria de la LEVD, *vid.*: Gómez Colomer, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 290 y ss.

(124) Hasta entonces, solo existían normas de carácter sectorial, para determinadas víctimas, como la Ley 35/1995, de 11 de diciembre de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, o la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

(125) Junto a esta norma integral, existen algunas leyes para víctimas específicas: Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica; LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género; Leyes 29/2011 y 5/2018, de reconocimiento y protección de víctimas del terrorismo; o LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. Además, también existen normas de este tipo en el ámbito autonómico. Por ejemplo, en el caso de Navarra: Ley Foral 9/2010, de ayuda a las víctimas del terrorismo; Ley Foral 14/2015, para actuar contra la violencia hacia las mujeres; o Ley Foral 16/2019, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos.

dica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal» (apartado I del Preámbulo LEVD).

Con dicho objetivo, en la LEVD se establece que todas las víctimas de los delitos, directas o indirectas (artículo 2)(126), independientemente de su edad, su nacionalidad y su residencia legal o no en España (artículo 1) tienen una serie de derechos, que se clasifican en tres categorías. En primer lugar, como derechos básicos, se reconocen los siguientes: derecho a entender y ser entendida (artículo 4); derecho a la información general desde el primer contacto con las autoridades competentes y que se le mantenga actualizada (artículo 5); derecho a obtener copia de su denuncia (artículo 6); derecho a recibir información sobre la causa penal (artículo 7); derecho a la traducción e interpretación (artículo 9); y derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo de las Administraciones públicas (artículo 10).

En segundo lugar, se reconocen derechos de participación en el proceso penal: la participación activa en el proceso penal, relativo al ejercicio de las acciones penal y civil, y a la aportación de medios de prueba e información relevante (artículo 11); la comunicación y revisión del sobreseimiento de la causa (artículo 12); la participación de la víctima en la ejecución, especialmente, en la penitenciaria (artículo 13); el reembolso de los gastos derivados del proceso (artículo 14); el acceso a servicios de justicia restaurativa (artículo 15); el acceso a la justicia gratuita (artículo 16); y la devolución de bienes que hubieran sido incautados en el proceso (artículo 18).

(126) El artículo 2 LEVD entiende por *víctima directa* «toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito»; y considera *víctimas indirectas*, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, a «su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar» y, en caso de no existir los anteriores, a «los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima»; salvo que las personas anteriores fueran responsable de los hechos.

Y, en tercer lugar, se reconocen derechos de protección de las víctimas, con las siguientes previsiones: la obligación de autoridades y funcionariado de adoptar medidas para «evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada», especialmente en el caso de menores (artículo 19); el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor en todas las fases del proceso (artículo 20); que las víctimas presten declaración lo antes posible y el menor número de veces posible, que en las diligencias puedan estar acompañadas de una persona de su confianza y que también los reconocimientos médicos sean únicamente los imprescindibles (artículo 21); la obligación de la protección de la intimidad de las víctimas (artículo 22); y el derecho a una evaluación individual para determinar necesidades específicas de protección (artículo 23).

Este catálogo de derechos jurídicos y sociales –muchos de ellos orientados a evitar la victimización secundaria– merece una valoración positiva. Asimismo, también la merece la regulación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (en adelante, OAV) (127), tanto en la LEVD (artículos 27-29) como, especialmente, a través del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

Más allá de esta valoración general positiva (128), hay un precepto de la LEVD que destaca por su innovación y por la controversia que generó su introducción. Es el artículo 13 LEVD, en el que se prevé la participación de la víctima del delito en la ejecución penitenciaria.

---

(127) Las OAV ya existían antes de la aprobación de la LEVD, pero su regulación legal era muy escueta. Fueron creadas por la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en la que únicamente se previó lo siguiente:

«Artículo 16. Oficinas de asistencia a las víctimas.

1. El Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan.

2. En relación con las actividades desarrolladas por estas Oficinas, el Ministerio de Justicia e Interior podrá establecer convenios para la encomienda de gestión con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones locales».

(128) Sin embargo, resulta un tanto decepcionante que, en una norma legal en la que se anuncia el reconocimiento de tantos derechos y el apoyo su ejercicio a través de las OAV, en su Disposición Adicional 2.ª se establezca que «Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal».

2. La participación de la víctima del delito en la ejecución penitenciaria

La consideración de la víctima en la ejecución penitenciaria era inexistente hasta que, en 2003, la reforma del cumplimiento íntegro y efectivo del Código penal (en adelante, CP) introdujo: por un lado, el pago de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para la concesión del tercer grado y la libertad condicional (artículos 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 90.1 CP) –que posteriormente, en 2015, fue incorporada también como requisito para la suspensión de la ejecución (artículo 80.2 CP)–y, por otro lado, la petición expresa de perdón a las víctimas como requisito para la concesión de la libertad condicional en el caso de los delitos de terrorismo y organización criminal (artículo 90.1 CP) –desde 2015, previsto también en caso de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable (artículo 92.2 CP)–. Además, esta reforma comenzó a abrir algunos espacios a la participación de la víctima en la ejecución con la previsión de que «las demás partes» serán *oídas* para la valoración de la toma de determinadas decisiones penitenciarias, las cuales se han ido ampliando en las sucesivas reformas (129).

No obstante, el hito fundamental en la regulación de vías de intervención de la víctima del delito en la ejecución fue la aprobación de la

(129) La reforma operada por la LO 7/2003 introdujo la previsión de que «las demás partes» sean oídas en el incidente en el que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria valore la posibilidad de vuelta al régimen general respecto del periodo de seguridad (artículo 36.2 CP) y respecto de la regla del artículo 78 CP, así como para acordar excepcionalmente la concesión de la libertad condicional cuando se hayan extinguido las dos terceras partes de la condena (artículo 91.1 CP) y para el adelantamiento de noventa días por año a partir del cumplimiento de la mitad de la condena para la concesión de la libertad condicional (artículo 91.2 CP). Posteriormente, la LO 5/2010 introdujo esta obligación de oír a «las demás partes» cuando se valore la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad o de la libertad vigilada tras el cumplimiento de una pena privativa de libertad (artículo 98 CP), y también para el acuerdo de expulsión posterior a la sentencia condenatoria (artículo 89 CP: en este caso, dice «las demás partes personadas»). Por último, la LO 1/2015: en primer lugar, introdujo un nuevo apartado (3) en el artículo 36 CP en el que se prevé que, a pesar del periodo de seguridad, se podrá acordar el tercer grado por motivos humanitarios de enfermos muy graves y septuagenarios, previo informe del Ministerio Fiscal, instituciones penitenciarias y «las demás partes»; en segundo lugar, modifica el artículo 86.4 CP y prevé que, para la revocación de la suspensión de la ejecución, el órgano judicial oirá al Ministerio Fiscal y «las demás partes»; en tercer lugar, mantiene la previsión en relación con la expulsión, pero ya no dice «las demás partes personadas», sino «las demás partes» (artículo 89.3 CP); y, en cuarto lugar, deja de preverse que se oiga a las demás partes para la concesión de la libertad condicional a las dos terceras partes, pero se mantiene para el adelantamiento de los noventa días por año (artículo 90.2 CP).

LEVD (130), en la que se señala que el objetivo de esta participación es garantizar «la confianza de las víctimas con la justicia penal» (apartado VI del Preámbulo). El artículo 13 de esta norma prevé dos formas de intervención de la víctima en la ejecución.

Por un lado, una forma de participación *indirecta* de la víctima (131), que consiste en la posibilidad de interesar la imposición de medidas o reglas de conducta al liberado condicional para garantizar la seguridad de la víctima «cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima» (artículo 13.2, a); y en la posibilidad de facilitar al órgano judicial correspondiente información relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, la responsabilidad civil o el comiso acordado en su caso (artículo 13.2, b).

Y, por otro, lado, se habilita una forma de participación *directa* (132) de la víctima en la ejecución penitenciaria, que consiste en la posibilidad de impugnar determinadas resoluciones penitenciarias. Concretamente, el artículo 13.1 LEVD permite que aquellas víctimas que hayan solicitado que se les notifiquen una serie de resoluciones (artículo 5 LEVD) recurran en sede de ejecución penitenciaria –independientemente de si fueron parte en la causa penal o no–: 1) el auto por el que el/la Juez/a de Vigilancia Penitenciaria deja sin aplicación el periodo de seguridad acordado en la sentencia condenatoria y coloca a la persona condenada en el régimen general en el que es posible que sea clasificada en tercer grado en cualquier momento, cuando se trate de una condena por alguno de los delitos que se recogen expresamente en la letra a) de este precepto (133); 2) el

---

(130) La LEVD solo se ha modificado en una ocasión, por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y ello no afectó al artículo 13. La reciente reforma operada por la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, no ha incorporado ninguna modificación en la LEVD.

(131) Arangüena Fanego, C., «Participación de la víctima en la ejecución penal», en De Hoyos Sancho, M. (dir.): *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 224; Gómez-Escolar Mazuela, P., «Derechos del condenado versus derechos de la víctima en la ejecución penitenciaria», en Juanatey Dorado, C., Sánchez-Moraleda Vilches, N. (dirs.): *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 307 y ss.

(132) Arangüena Fanego, C., 2017, *op. cit*., p. 219; Gómez-Escolar Mazuela, P., 2018, *op. cit*., pp. 303 y ss.

(133) Actualmente, se mantiene el mismo listado de delitos que se incluyó cuando entró en vigor la LEVD, y es el siguiente: Delitos de homicidio; Delitos de aborto del artículo 144 CP; Delitos de lesiones; Delitos contra la libertad: Delitos de tortura y contra la integridad moral; Delitos contra la libertad e indemnidad sexual; Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación; Delitos de terrorismo; Delitos de trata de seres humanos.

auto por el que el/la Juez/a de Vigilancia Penitenciaria acuerda que la regla del artículo 78 CP deje de aplicarse para el cómputo del tiempo mínimo necesario para acceder a los permisos ordinarios de salida, la clasificación en tercer grado, la libertad condicional y los beneficios penitenciarios, pasando a aplicarse el régimen general, cuando se trate de una condena por alguno de los delitos que se recogen expresamente en este precepto (los mismos que en el primer caso) o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal; y 3) el auto del/la Juez/a de Vigilancia Penitenciaria de concesión de la libertad condicional, cuando se trate de una condena por alguno de los delitos que se recogen expresamente en este precepto (los mismos que en los casos anteriores) o de alguno de los delitos del listado previsto en el artículo 36.2, párr. 2.º (134), siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

Esta participación *directa* de la víctima en la ejecución penitenciaria no la marca la Directiva europea por la que se aprueba la LEVD, sino que es –si se me permite la expresión– *de cosecha española* (135), y no tiene precedentes ni en nuestra legislación ni en nuestro entorno jurídico cultural (136). En este sentido, constituye un «salto cualitativo» (137) que parece alinearse con el fenómeno del protagonismo político-criminal de la víctima que ha sido objeto de crítica en los epígrafes precedentes. Por estos y otros motivos, en torno a esta previsión, tanto antes de su

(134) Actualmente, el listado, que se amplió con la LO 10/2022, es el siguiente: Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP; Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; Delitos del Título VII bis del Libro II del CP, cuando la víctima sea una persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección; Delitos del artículo 181 CP; Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del CP, cuando la víctima sea menor de dieciséis años.

(135) En el apartado II del propio Preámbulo de la LEVD, se indica que el texto de la ley española no se limita a atender a los mínimos exigidos desde la Unión Europea, sino que «trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado».

(136) Pérez Rivas, N., *La ejecución penitenciaria. Propuesta de un modelo integrador de los intereses legítimos de la víctima*, Dykinson, Madrid, 2024, p. 190, nota al pie núm. 339: explica que ni siquiera en el Derecho belga, al que califica como «el más avanzado a nivel europeo desde el punto de vista victimológico», se reconoce a las víctimas legitimación para recurrir decisiones de los órganos judiciales competentes en la ejecución.

(137) Utilizan esta expresión: Arangüena Fanego, C., 2017, *op. cit*., p. 204; y Barber Burusco, S., 2020, *op. cit*., p. 1234.

aprobación como una vez entró en vigor (138), se ha generado una importante controversia (139). A continuación, se aborda en profundidad esta forma de participación de la víctima en la ejecución, examinando las posiciones a favor y en contra.

2.1 A favor de la participación directa de la víctima en la ejecución penitenciaria

El primer defensor de esta posición es, evidentemente, el propio legislador que introdujo la reforma. Sin embargo, teniendo en cuenta que se trata de un cambio completamente novedoso en el sistema penitenciario español, en el Preámbulo de la LEVD se recogió una justificación muy insuficiente. Es significativo que el legislador comienza su motivación en sentido negativo: señala que dicha participación *no* es incompatible con que el Estado conserve el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas. A continuación, apunta que el objetivo del precepto es garantizar la confianza y la colaboración con la justicia penal de las víctimas de delitos especialmente graves. Y, por último, afirma que tanto el principio de legalidad como la reinserción de la persona condenada no se ven afectados, puesto que la decisión penitenciaria corresponde en todo caso a la autoridad judicial (140).

---

(138) Sobre los distintos hitos desde la elaboración del Anteproyecto de LO hasta la aprobación de la LEVD, *vid.*: Renart García, F., «Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena (Análisis del artículo 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la L. O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal)», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 17, 2015, pp. 7-20. Destaca que, en su tramitación parlamentaria, se presentaron varias enmiendas relativas al artículo 13, y varias de ellas reclamaban su supresión.

(139) Como señala Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., p. 66, parte de la doctrina procesalista se ha mostrado a favor de esta previsión, en cambio, la mayoría de la doctrina penal ha elaborado duras críticas. Asimismo, Vidales Rodríguez, C., «La intervención de la víctima en la ejecución de la pena (comentario al artículo 13.1 de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito)», en *Revista do Instituto de Ciências Penais*, vol. 5, 2020, p. 195, señala que esta previsión ha sido la «más polémica» de la LEVD.

(140) En el apartado VI del Preámbulo de la LEVD, se señala literalmente lo siguiente: «El Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos

Por otra parte, en los informes previos a la aprobación de la LEVD, tanto la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) (141) como el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) (142) –aunque en este caso con un voto particular al que aludiré posteriormente–, señalaron que esta nueva posibilidad merecía una acogida favorable. En ninguno de los dos informes se aporta prácticamente motivación alguna acerca de las razones que hacían necesaria esta participación. Únicamente, la FGE señala que el artículo 25.2 CE no impide esta previsión porque dicho precepto no determina que la resocialización constituya el único fin de la pena. No obstante, lo que sí hacen estos informes es criticar la concreta regulación planteada y proponen, por coherencia, extender la participación de la víctima a otras decisiones penitenciarias (143).

Asimismo, desde el ámbito doctrinal, algunos autores se posicionan a favor del artículo 13.1 LEVD. Uno de ellos es Gómez Colomer quien, desde la doctrina procesal, reconoce que se trata de una cuestión discutible (144), pero considera que era una novedad que «nos tenía que lle-

---

de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima». «La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado». Este texto es exactamente igual al que se preveía en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, a pesar de que el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto apreció que no se justificaba adecuadamente, e incluso la FGE, en su informe favorable a la previsión, apuntó que «en la Exposición de Motivos del Anteproyecto tendría que justificarse más la participación de la víctima en la fase de ejecución de la pena, teniendo en cuenta los fines de la pena, en especial la interpretación del concepto de resocialización».

(141) Informe del Consejo Fiscal de la FGE, de 14 de noviembre de 2013, sobre el Anteproyecto de LO del Estatuto de la víctima del delito.

(142) Informe del CGPJ, de 31 de enero de 2014, al Anteproyecto de LO del Estatuto de las víctimas del delito.

(143) En el Informe de la FGE, se señala: a) en relación con la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena de prisión, debería reconocerse la legitimación para que la víctima dé su opinión acerca de la imposición de reglas de conducta y que pueda la impugnar los autos que resuelvan sobre aquellas –en el Informe del CGPJ se hace la misma propuesta–; b) en relación con la actividad de clasificación penitenciaria, debería reconocerse legitimación a la víctima para la impugnación de la clasificación en tercer grado, arbitrándose un sistema por el que la Administración notificase a las víctimas la resolución de tercer grado, dado que «el salto cualitativo que para el penado supone el paso del segundo al tercer grado es muy superior al que se produce en el penado cuando pasa de este último a la libertad condicional» (pp. 15-16).

(144) Gómez Colomer, J. L., 2015, *op. cit*., p. 362: apunta que no se debe olvidar que la jurisprudencia había apoyado hasta el momento su exclusión legal, puesto que no existe un derecho constitucional a la participación prevista, y que si se mantenía dicha posición era porque el Ministerio Fiscal tiene la obligación de proteger legalmente a la víctima.

gar» por la influencia norteamericana (145). Asimismo, este autor entiende que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece un sustento para la introducción de este precepto, puesto que en ella se afirma que, junto a la finalidad constitucional de resocialización, la ejecución tiene también «una finalidad retributiva, lo que daría pie a la intervención de la víctima» (146). Y, al mismo tiempo, señala que esto no quiere decir que con ella se abran vías para la venganza de la víctima, porque la decisión es siempre de la autoridad judicial, que valorará la evolución en la resocialización con independencia de lo que opine la víctima (147).

Por su parte, González Pérez presenta una serie de argumentos en contestación a varias de las críticas que se hacen al artículo 13.1: 1) no solo la participación de la víctima es compatible con la resocialización, sino que, además, debería utilizarse para «promover la reeducación y la reinserción social del delincuente»; 2) dado que la decisión última es siempre del Estado, con ello no se pone en cuestión el monopolio del *ius puniendi*; 3) existe base jurisprudencial para reconocer este derecho de participación; 4) no basta con la intervención del Ministerio Fiscal porque «puede tener un juicio diferente sobre la ejecución de las penas privativas de libertad»; y 5) es evidente que la víctima tiene interés en la ejecución y que, además, esto puede ayudar «a su propia rehabilitación». Con base en todo lo anterior, concluye que «la participación de la víctima en la fase de ejecución de las penas no sólo es válida, sino que se muestra necesaria para equilibrar sus derechos a los del victimario» y que, por coherencia, debería ampliarse a la impugnación de la progresión a tercer grado (148).

Nistal Burón también ha mantenido una posición favorable a la intervención directa de la víctima en la ejecución prevista en la LEVD. En primer lugar, porque considera que «el interés de la víctima no puede quedar satisfecho solamente con la mera imposición de la condena al victimario» (149). En segundo lugar, porque entiende que pre-

(145) Gómez Colomer, J. L., 2015, *op. cit*., p. 363. También apunta a los precedentes norteamericanos, González Pérez, S., «La participación de la víctima en la ejecución», en Soleto Muñoz, H./Grané Chávez, A.: *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 220-222, que explica que en el sistema penitenciario estadounidense existen las *parole hearing*, que son las audiencias para la libertad condicional, en las que se reconoce a las víctimas su derecho a participar. Sin embargo, esta autora también señala que, con la posibilidad de impugnación, el ordenamiento español ha ido más allá del norteamericano.

(146) Gómez Colomer, J. L., 2015, *op. cit*., p. 360.

(147) Gómez Colomer, J. L., 2015, *op. cit*., p. 366.

(148) González Pérez, S., 2019, *op. cit*., pp. 222-229.

(149) Nistal Burón, J., *La víctima en el Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 221: «es razonable que la víctima tenga una participación activa en la fase de la ejecución penal, hasta el punto de que ese protagonismo de la

cisamente el momento del cumplimiento es «el más propicio para que la voz de las víctimas sea audible» (150). En tercer lugar, porque considera que así se refuerzan los derechos de las víctimas y se las dignifica. Y, por último, porque entiende que ello no afecta negativamente al cumplimiento del fin constitucional de la reeducación y reinserción social (151). De hecho, considera que ocurre justo lo contrario, que la participación de las víctimas contribuye a la resocialización de las personas condenadas, de tal forma que las víctimas «deben ser las protagonistas centrales del proceso de ejecución penal para conseguir la reeducación y reinserción social de los penados» (152). Así, Nistal Burón sostiene que «la participación activa de la víctima en la ejecución penal debe ser el cauce adecuado para que el victimario pueda hacer uso de los beneficios penitenciarios, la progresión de grado, los permisos de salida y en definitiva marcar todo su proceso de resocialización». No obstante, este autor también reconoce que esta participación «podría haberse articulado también a través de otros mecanismos diferentes», como la profundización en la relación con el Ministerio Fiscal o mediante los servicios de justicia restaurativa (153).

Leganés Gómez es otro autor que, como el anterior, es jurista-criminólogo de Instituciones Penitenciarias y se posiciona a favor de la posibilidad prevista en el artículo 13.1. Señala que «no puede negarse» el interés legítimo de la víctima en que la condena se ejecute de acuerdo con la ley y, en consecuencia, «debe tener derecho a exigir

---

víctima debería ir encaminado a conseguir un proceso de rehabilitación de la misma, en los mismos términos que el cumplimiento de la condena tiene como objetivo el proceso rehabilitador del victimario».

(150) Nistal Burón, J., 2019, *op. cit*., p. 225: «pues es cuando el victimario, está en mejores condiciones de asumir el reconocimiento sincero y pleno del daño causado, siendo más difícil que lo hubiera hecho antes en la fase de su enjuiciamiento, porque le supondría aceptar su papel de culpable, renunciando al derecho que tiene toda persona a proclamar su inocencia en esa fase de enjuiciamiento».

(151) Nistal Burón, J., 2019, *op. cit*., pp. 224-225.

(152) Nistal Burón, J., 2012, *op. cit*., p. 117: en este sentido, afirma incluso lo siguiente: «No cabe realizar un pronóstico favorable de comportamiento inicial y futuro del interno si no existe una modificación de su actitud ante el delito, o lo que es lo mismo ante la víctima. Podemos afirmar que sin la intervención de la víctima en la ejecución penal no es posible el objetivo resocializador del delincuente». En Nistal Burón, J., 2019, *op. cit*., p. 222, añade que esta intervención de la víctima contribuye a la resocialización «mediante la responsabilización del infractor por el hecho cometido, el arrepentimiento por el mal causado y la reparación», e incluso, que «sin la intervención de la víctima no sería posible el objetivo resocializador del victimario, pues la 'actitud de responsabilidad' no se alcanza en abstracto, sino mediante la íntima ligazón con la víctima en concreto, como premisa para no generar otras víctimas en el futuro».

(153) Nistal Burón, J., 2019, *op. cit*., p. 223.

ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (154) que se ejecute la pena en la forma legalmente establecida» (155). Además, según este autor, un segundo motivo para la justificación de esta posibilidad es que la intervención de la víctima favorece la resocialización del sujeto condenado «mediante la responsabilización del infractor por el hecho cometido, el arrepentimiento por el mal causado y la reparación», considerando que la justicia restaurativa prevista en el artículo 15 LEVD resulta complementaria a dicha participación (156). Asimismo, reivindica que la participación de la víctima debería extenderse a la impugnación de la clasificación en tercer grado y de las autorizaciones del/la Juez/a de Vigilancia Penitenciaria de los permisos ordinarios de salida (157). En este sentido, concluye afirmando que se trata de «un proceso inconcluso puesto que sigue habiendo espacios penales y penitenciarios cerrados a su intervención» (158).

Por último, Pérez Rivas elabora una propuesta *de lege ferenda* en relación con la participación de la víctima en la ejecución penitenciaria, partiendo de la afirmación de un interés legítimo de la víctima en intervenir en esta fase (159). Esta autora propone dos modalidades de intervención en función de la voluntad de la víctima: como «consultante» y –posicionándose a favor de la previsión aquí discutida– como parte procesal legitimada para recurrir, pero solo en caso de que hubiera actuado en el proceso penal como acusación particular o actor civil (160).

2.2 En contra de la participación directa de la víctima en la ejecución penitenciaria

Las posiciones contrarias a la previsión del artículo 13.1 LEVD son numerosas (161). En la fase previa a su aprobación, destaca el

(154) Desde la entrada en vigor de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria han pasado a denominarse Secciones de Vigilancia Penitenciaria de Tribunales de Instancia.

(155) Leganés Gómez, S., «Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria», en *Cuadernos de Res Publica en derecho y criminología*, núm. 1, 2023, p. 27.

(156) Leganés Gómez, S., 2023, *op. cit*., pp. 32-34.

(157) Leganés Gómez, S., 2023, *op. cit*., p. 31-32.

(158) Leganés Gómez, S., 2023, *op. cit*., p. 38.

(159) Pérez Rivas, N., 2024, *op. cit*., pp. 203 y ss.

(160) Pérez Rivas, N., 2024, *op. cit*., pp. 211 y ss.

(161) En este epígrafe, me refiero a las críticas *radicales*, que son las que apuntan a la *raíz* y cuestionan desde ahí esta nueva previsión legal, reclamando en consecuencia su supresión. No obstante, también se han realizado numerosas críticas a la concreta regulación del artículo 13.1, tanto desde posiciones a favor como en contra de esta participación de la víctima en la ejecución. Así, por ejemplo, algunas de estas críticas son las siguientes: 1) En relación con las decisiones que pueden ser impugna-

das, se ha criticado que resulta paradójico que se habilite la impugnación de la concesión de la libertad condicional, pero no de la suspensión de la ejecución previa al encarcelamiento (Plasencia Domínguez, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», en *Diario La Ley*, núm. 8683, 2016, p. 4), ni la resolución de concesión del tercer grado penitenciario (González Pérez, S., 2019, *op. cit*., p. 222). 2) En relación con el listado de delitos para los que está prevista esta participación, en primer lugar, se ha criticado que genera un «tratamiento diferenciado entre víctimas» y así tiene un carácter «selectivo y discriminador» (Renart García, F., 2015, *op. cit*., p. 33); en segundo lugar, se ha cuestionado la omisión de delitos que «son susceptibles de generar perjuicios parangonables como la corrupción, el fraude fiscal u otros fraudes financieros», mientras que «la inclusión, por el contrario, del robo con violencia o intimidación –delito que, por otra parte, no alcanza el umbral penológico establecido– es tan elocuente que no precisa ulteriores comentarios» (Vidales Rodríguez, C., 2020, *op. cit*., p. 205); y, en tercer lugar, se ha criticado que la inclusión de algunos delitos, como los de terrorismo o contra la libertad sexual, es de carácter meramente «simbólico» porque en ellos no existe en la práctica la posibilidad de tomar las decisiones previstas (Gómez-Escolar Mazuela, P., «Estatuto de la víctima en la ejecución penitenciaria. Aplicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Criterios para el establecimiento de un protocolo de actuación», en *Jornadas de Especialistas en vigilancia penitenciaria*, 2017, p. 16), lo que hace pensar que la pretensión de su inclusión «no era otra que acometer una labor meramente estética (…) dirigida a satisfacer, fraudulentamente, las aspiraciones fiscalizadoras de las asociaciones de víctimas del terrorismo» (Renart García, F., 2015, *op. cit*., p. 27). 3) En relación con la previsión por la que la víctima puede intervenir sin personación y sin asistencia técnica (de abogado/a y procurador/a), se ha criticado que, aunque «simula ser una ventaja, tendrá como efecto negativo la imposibilidad de disponer para su formulación del beneficio de justicia gratuita, y puede que la indefensión para muchas víctimas» (Renart García, F., 2015, *op. cit*., pp. 44-45); en este sentido, en el Informe del CGPJ ya se señalaba que esto debía corregirse, «a fin de lograr una adecuada ordenación del procedimiento y facilitar la articulación, en derecho, de sus peticiones e impugnaciones» (p. 35) y, sobre todo, para evitar la victimización secundaria «que se podría producir a la vista de las expectativas que surgen por la posibilidad de recurso y de alegaciones, en relación con la desestimación de sus pretensiones por no estar bien articuladas» (p. 36). 4) En relación con la notificación a las víctimas y los plazos para su intervención, se ha criticado que previsiblemente generará dilaciones en los procedimientos ante el/la Juez/a de Vigilancia Penitenciaria, los cuales, por su objeto –como indicó el CGPJ en su Informe–, han de caracterizarse por una rapidez en su sustanciación y decisión, puesto que el transcurso del tiempo puede hacer ineficaz el recurso (Plasencia Domínguez, N., 2016, *op. cit*., p. 5; Etxeberria Guridi, J. F., «La víctima y el derecho a los recursos», en De Hoyos Sancho, M. (dir.): La *víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 198-199; Solar Calvo, P.,Lacal Cuenca, P., «Consecuencias penitenciarias del estatuto de la víctima», en *Diario La Ley*, núm. 9179, 2018, p. 6). 5) Por último, se han criticado también las incoherencias que existen entre la regulación de la LEVD y el CP, a pesar de haberse reformado simultáneamente; son ejemplos: que el artículo 13.1 LEVD alude a un apartado del artículo 78 CP que precisamente se suprimió con la LO 1/2015, o que el precepto señalado no hace ninguna referencia a la prisión permanente revisable, introducida con la LO 1/2015 (Renart García, F., 2015, *op. cit*., p. 30).

voto particular que formularon dos magistradas al Informe del CGPJ (162) y el Dictamen del Consejo de Estado (163). Muchas de las críticas apuntadas en estos dos documentos se han recogido también por parte de la doctrina penal en su valoración de esta novedad legal.

Se ha criticado que se trata de una modificación que altera «de forma sustancial el ámbito subjetivo y sustantivo de decisión en esta materia» (164) –que, además, hasta aquel momento había sido una cuestión pacífica–, que la Directiva de origen de esta ley no obligaba a contemplar esta previsión (165), y que no existen regulaciones similares en el Derecho comparado europeo (166) y tampoco precedentes en la juris-

(162) Voto particular, de 3 de febrero de 2014, de dos vocales, las magistradas Roser Bach Fabregó y María Concepción Sáez Rodríguez al Informe del CGPJ, de 31 de enero de 2014, al Anteproyecto de LO del Estatuto de las víctimas del delito, al que se adhirieron otros/as cinco vocales, los/as magistrados/as Álvaro Cuesta Martínez, Clara Martínez de Careaga García, Rafael Mozo Muelas, Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Mercè Pigem Palmés.

(163) Dictamen núm. 360/2014, de 29 de mayo, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LO del Estatuto de la víctima del delito, emitido por unanimidad. En este dictamen, en el que se hace un recorrido por todos los informes e hitos en la tramitación del texto legal, se critica que no se oyera a la Administración penitenciaria en la tramitación del Anteproyecto. En la misma línea, Manzanares Samaniego, J. L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», en *Diario La Ley*, núm. 4596, 2014, p. 6, aprecia que «la iniciativa ignora la realidad penitenciaria».

(164) Así se apunta en el voto particular al Informe del CGPJ (p. 6). Asimismo, Plasencia Domínguez, N., 2016, *op. cit*., p. 8, afirma que, con esta novedad, se ha introducido «una modificación sustancial en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad».

(165) Arangüena Fanego, C., 2017, *op. cit*., pp. 203-304: otorga importancia a esta cuestión. Sin embargo, Luaces Gutiérrez, A. I., «Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2016, p. 161, por su parte, señala que, dado que la Directiva europea constituye una normativa de mínimos, no tiene por qué resultar extraño que la norma legal interna vaya más allá de ella, sin embargo, «lo que quizá sí puede generar controversia es un cambio en el sistema o modelo de justicia penal, en aras de concretar el alcance y procurar la efectividad de los derechos reconocidos».

(166) Manzanares Samaniego, J. L., 2014, *op. cit*., p. 6; Renart García, F., 2015, *op. cit*., p. 54: «No existe una sola legislación de los países de nuestro entorno cultural (…) que haya osado siquiera plantearse la intervención directa de la víctima, más allá de su derecho a ser oída»; Plasencia Domínguez, N., 2016, *op. cit*., p. 3; Arangüena Fanego, C., 2017, *op. cit*., p. 206. No obstante, desde la doctrina italiana, Venturoli, M., 2021, *op. cit*., pp. 35-36, apunta que observa en Italia una tendencia a reconocer a la víctima un papel participativo en la fase de ejecución de la pena. En este sentido, Lupária, L., «Reflexiones sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal italiano», en *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, p. 102, señala que, a pesar de que tradicionalmente en el ordenamiento jurídico italiano a la víctima se la ha atendido solo desde una perspectiva resarcitoria, sin que ni siquiera sea titular de la acción penal –como ocurre en nuestro ordenamiento–, se aprecia un cambio de direc-

prudencia de los tribunales europeos (167). Asimismo, se critica que, desde la perspectiva de los fines de la pena, tampoco se encuentra una justificación a esta participación, salvo que se asuman las teorías que afirman que la satisfacción de la víctima constituye un fin de la pena y que, incluso, reconocen un derecho de la víctima al castigo penal (168).

En relación con nuestro modelo de Estado y el ordenamiento constitucional y legal, se ha criticado que esta nueva previsión puede afectar al monopolio estatal para la ejecución de las penas (169), y también al mandato resocializador (170) –que es el eje vertebrador del sistema peniten-

---

ción y «el ámbito penitenciario es el que más ha tomado en consideración el papel de la víctima». Así, se refiere a que, para la concesión de la libertad condicional, el artículo 47.7 del *Ordinamento Penitenziario* (Ley núm. 354, de 26 de julio de 1975) exige que el informe acredite que el sujeto hace todo lo posible en favor de la víctima de su delito. En la doctrina italiana, también se refiere al fenómeno del protagonismo de la víctima Fondaroli, D., «Diritto penale, vittimizzazione e "protagonismo" della vittima», en *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. VIII, núm. 1, 2014, pp. 74 y ss. Finalmente, para conocer cómo se traspuso la Directiva 2012/29/UE en el ordenamiento jurídico italiano, *vid.*: Delvecchio, F., «La nuova fisionomía della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE», en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, pp. 1-33: expone el contenido de la *Carta dei diritti della vittima*, aprobada por el decreto legislativo núm. 212 de 2015, en la que destaca el mecanismo de información a la víctima, y donde no se contempla nada similar a la participación en la ejecución que prevé la legislación española.

(167) En el voto particular al Informe del CGPJ, se señala que, de hecho, existen casos que apuntan en sentido contrario, como la STEDH *Pérez c. Francia*, de 12 de febrero de 2004 [JUR 2004, 105173], que reconoce a la víctima solo como parte civil, o la STJUE *Caso Proceso Penal c. Gueye y Salmerón*, de 15 de septiembre de 2011 [TJCE 2011, 265], señala explícitamente que la Decisión Marco 2011/220/JAI no confiere a las víctimas derechos en la determinación y ejecución de las penas. Apunta la misma cuestión: Plasencia Domínguez, N., 2016, *op. cit*., pp. 4-5.

(168) Barber Burusco, S., 2020, *op. cit*., p. 1239. Por su parte, Arangüena Fanego, C., 2017, *op. cit*., p. 207, apunta como posible motivación de esta novedad «una clara voluntad legislativa de satisfacer las demandas de las asociaciones de víctimas y/o de determinados colectivos especialmente críticos y reivindicativos sobre su papel. No hay que perder de vista el momento en el que el vigente Estatuto se presenta y publica como Anteproyecto (informado en Consejo de Ministros el 24 de octubre de 2013), en el contexto de máxima repercusión y rechazo que tuvo fundamentalmente en las asociaciones de víctimas del terrorismo pero también en buena parte de la sociedad, la condena a España por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) en el asunto Del Río Prada, de 21 de octubre de 2013, que conllevó la derogación de la denominada "doctrina Parot"».

(169) Alonso De Escamilla, A., «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, p. 87.

(170) Plasencia Domínguez, N., 2016, *op. cit*., pp. 3-4; Luaces Gutiérrez, A. I., 2016, *op. cit*., pp. 165-166: afirma que «la intervención de la víctima privatiza en cierto modo esta fase final del proceso penal porque se hacen valer sus intereses

ciario (171)–, dado que convierte a la víctima «en un agente altamente influyente en decisiones fundamentales para la trayectoria del cumplimiento del condenado», introduciéndose así una «valoración absolutamente subjetiva y necesariamente parcial» (172), lo que «solo puede tacharse de absolutamente inadecuado y perturbador» (173). Asimismo, se insiste en recordar que ya existe un pronunciamiento constitucional al respecto: el ATC 373/1989, de 3 de julio [RTC 1989, 373] (174), en el

---

particulares, lo que puede poner en peligro los principios de rehabilitación y reinserción social del condenado», y que con ello la víctima acabe interfiriendo «en el monopolio estatal del derecho a penar»; Solar Calvo, P., «En busca del lugar de la víctima. Análisis de situación y propuestas·, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 36, 2021, p. 5: «la presencia de la víctima en el proceso de ejecución es altamente distorsionadora», ya que el artículo 13 LEVD «la convierte en un agente de la trayectoria de cumplimiento del condenado», puesto que junto a los «factores normativamente tasados que fundamentan el acceso de los condenados a hitos de cumplimiento fundamentales, como el tercer grado y la libertad condicional, se introduce la valoración absolutamente subjetiva y necesariamente parcial de quien ha sido víctima del delito»; Cervelló Donderis, V., *Derecho penitenciario*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 178: «No parece adecuado dar esta intervención a la víctima en la ejecución ya que los intereses consustanciales a su papel de haber sufrido el daño producido por el delito, son diametralmente opuestos a la finalidad principal de la ejecución penitenciaria que es la orientación hacia la reinserción social del condenado». Asimismo, en el Dictamen del Consejo de Estado también se afirma que «la articulación de derechos procesales tan amplios para la víctima en relación con las resoluciones que afectan a la ejecución de la pena presenta dificultades, en la medida en que puede incidir en el ejercicio del monopolio estatal para la ejecución de las penas y en la realización el objetivo resocializador de las mismas».

(171) Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., pp. 66 y 68: «al orientarse nuestro sistema de ejecución en sentido resocializador e introducir toda una serie de figuras articuladas en torno a este eje, el ordenamiento ya ha optado por abrir una flexibilización del cumplimiento de la condena (sea cual sea el interés que la víctima del delito pueda tener en su cumplimiento completo) en torno a unos elementos de progresión personal del reo cuya valoración (en sede de recurso) no debiera verse distorsionada por alegaciones victimales en torno a la gravedad del delito o de sus efectos». En este sentido, García del Blanco, V., «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal», en Gil Gil, A., Maculan, E. (dirs.): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 300, critica que, con la posibilidad de que la víctima impugne determinadas decisiones penitenciarias, la orientación resocializadora pueda verse comprometida, «pues dicha intervención tendría como efecto aumentar el número de las denegaciones de beneficios penitenciarios y liberaciones y endurecería las condiciones a que se subordina su concesión, lo que repercutiría negativamente en las expectativas de reinserción del penado, objetivo de la pena, que debe prevalecer tras la sentencia».

(172) Solar Calvo, P., Lacal Cuenca, P., 2018, *op. cit*., p. 3.

(173) Cervelló Donderis, V., *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 59.

(174) Esta resolución del Tribunal Constitucional tiene su origen en la concesión de un permiso de salida al condenado por un delito de asesinato. Los padres de la víctima, que habían sido parte en la causa penal, quisieron intervenir junto al Ministerio

que el Tribunal Constitucional declaró que el «cumplimiento, sus modalidades, incidencias y modificaciones escapa al interés de quien fue acusador particular en la causa de la cual deriva la pena, en la medida en que el derecho a castigar (*ius puniendi*) lo ostenta en exclusiva el Estado y, por lo tanto, es a éste, a través de los órganos competentes, a quien corresponde determinar cómo ha de cumplirse dicho castigo, siempre con respeto, claro está, al principio de legalidad, por lo que las decisiones que a tal fin se adopten no afectan en modo alguno a los derechos e intereses legítimos de quien en su día ejercitó la acusación particular». Y, así, concluyó que, en el caso concreto que examinaba, no se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes «por la sencilla razón de que éstos no ostentan ningún derecho ni interés legítimo en el cumplimiento de la pena en su día impuesta» (FJ 2). Además, se señala que la Disposición Adicional 5.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que establece el régimen de recursos en la ejecución penitenciaria, prevé en su apartado 9 que la legitimación para la interposición del recurso de apelación corresponde únicamente al Ministerio Fiscal y a la persona interna o liberada condicional (175), de manera que lo previsto en el artículo 13.1 LEVD vulnera dicha disposición legal (176). Asimismo, tampoco se encuentra un sustento para la introducción de este precepto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (177).

Fiscal en contra de la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, pero la Audiencia Provincial de Valladolid acordó no tenerlos por parte. Ante esta resolución de la Audiencia Provincial de Valladolid, los padres de la víctima recurrieron en amparo al Tribunal Constitucional por entender que habían sido vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a la igualdad (artículo 14 CE). El Tribunal Constitucional resolvió inadmitiendo el recurso de amparo interpuesto por considerar que, de acuerdo con el artículo 50.1, c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, «la pretensión ejercitada carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo», dado que «el término de comparación a que los recurrentes acuden para apoyar su alegación de haber sido infringido el artículo 14 de la Constitución es de todo punto inadecuado, ya que, como es obvio, no puede equipararse la finalidad perseguida con la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos penales y en la ejecución de sus sentencias» y porque «ninguna virtualidad puede tener la invocación que se hace del artículo 24.1 de la Constitución».

(175) Conviene apuntar que la Disposición Adicional 5.ª LOPJ fue modificada en 2003, por la LO 5/2003 y la LO 7/2003, y este extremo se mantuvo inalterado. Después de las reformas del año 2015 (entre ellas, la introducción del artículo 13.1 LEVD), tampoco se modificó.

(176) Luaces Gutiérrez, A. I., 2016, *op. cit*., p. 166.

(177) Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., pp. 31 y ss.: esta autora inicia su trabajo con la exposición del ATC 373/1989 [RTC 1989, 373] –al que antes he hecho referencia– y, seguidamente, expone una resolución más reciente del Tribunal Supremo (STS de 20 de febrero de 2013 [RJ 2013, 2202]) en la que este tribunal resuelve a favor de la legitimación activa de la víctima para recurrir el decreto de indulto *ex* artículo 19.1.a) Ley 29/1998, de 13 de julio, puesto que, «si la víctima tiene

En relación con el argumento de que esta participación *directa* en la ejecución penitenciaria se fundamenta en la mejora de la atención a las víctimas, por un lado, se ha señalado que no es cierto que las víctimas se encontrasen en una situación de indefensión o desprotección antes de la aprobación de la LEVD, puesto que el Ministerio Fiscal tiene entre sus misiones la de velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo la activación de los mecanismos previstos para que reciban una ayuda y asistencia efectivas (178) (artículo 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y artículos 124 CE, 541 LOPJ y 773.1 LECrim) (179). En este sentido, Renart García critica que, con la legiti-

---

interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquélla satisface moralmente un interés personal que justifica la legitimación y así lo reconoce la Ley, el perdón no puede dejar de producir ese mismo efecto procesal por razón contraria»; y concluye el Tribunal Supremo diciendo que «lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley y no se extienda más allá de los límites que ésta impone, pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado». Con ello, Tomás-Valiente Lanuza –a pesar de que reconoce las «obvias diferencias entre la concesión de un permiso de salida en sede de ejecución de la pena y el acto esencialmente discrecional de indultar» (p. 32)– pretende apuntar el sentido contrario de las dos resoluciones anteriores, entendiendo que ello supone un cambio en la consideración acerca de la legitimación activa de la víctima en la ejecución, y a continuación, afirma que el artículo 13 LEVD se inserta en un «*continuum* lógico» derivado de la dirección apuntada por el Tribunal Supremo (p. 33). En mi opinión, son tan distintos los supuestos de las dos resoluciones judiciales que se mencionan que no sirven para su comparación y, menos aún, para apreciar una suerte de continuidad. Existe una diferencia sustancial entre una decisión de *perdón* público y, por tanto, de ausencia de pena y las decisiones penitenciarias que determinan la ejecución de la pena en distintos regímenes de *vid.* en los que se continúa cumpliendo con la responsabilidad penal. De hecho, Tomás-Valiente Lanuza, hacia el final de su trabajo, reconoce que la contraposición entre las dos resoluciones «no resulta tan extrema como pareciera» (p. 70) y, atendiendo a la importante diferencia entre las decisiones penitenciarias y el indulto, que «consiste *per se* en un ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte (y no de un órgano jurisdiccional sino de un órgano ejecutivo)» (p. 68), afirma que cabe «a mi juicio, una lectura armonizadora, que sin negar que la víctima que ha ejercido la acusación particular retiene un cierto interés en la ejecución de la condena, no le reconozca, por las razones que se han tratado de explicar, la posibilidad de ejercitarlo directamente en materia de ejecución penitenciaria, y sí, en cambio, en materia de indulto, mucho más proclive a un ejercicio arbitrario» (p. 70).

(178) Así se recuerda tanto en el voto particular al Informe del CGPJ como en el Dictamen del Consejo de Estado. Y también apuntan que la tutela de las víctimas en la fase de ejecución se encontraba ya plenamente garantizada por la función del Ministerio Fiscal: Plasencia Domínguez, N., 2016, *op. cit*., p. 5; Luaces Gutiérrez, A. I., 2016, *op. cit*., p. 166.

(179) De hecho, la FGE aprobó la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal, en la que se apunta la «creciente preocupación en torno a la protección a la víctima en el

mación que otorga a las víctimas el artículo 13.1 LEVD, el legislador «persiste en su deseo de evidenciar su recelo hacia la función tuitiva y garantizadora del respeto a la legalidad encomendada al Ministerio Fiscal, hacia la labor de la Administración Penitenciaria y hacia la desempeñada por el propio Juez de Vigilancia Penitenciaria» (180).

Por otro lado, se ha cuestionado que con esta previsión realmente se mejore la situación de las víctimas. En primer lugar, porque el papel que se asigna a las víctimas «no hace más que prolongar el enfrentamiento entre víctima e infractor al momento de la ejecución de la condena» (181). Y se ha apuntado que esto puede tener efectos contraproducentes en el proceso de la propia víctima (182). E, incluso, que puede dar lugar a un «intercambio de papeles» en el que el sujeto

---

proceso penal»; se expone que, como consecuencia de las previsiones contenidas en los artículos 124 CE, 1 y 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773.1 LECrim, la FGE había elaborado hasta ese momento varias instrucciones y circulares en las que se contenían «concretas pautas de actuación en el marco de esa protección a la víctima en el proceso» (Circular 1/1998, de 24 de octubre; Circular 2/1998, de 27 de octubre; Circular 1/2003, de 7 de abril; Circular 3/2003, de 30 de diciembre; Circular 4/2003, de 30 de diciembre; Instrucción 4/2004, de 14 de junio; Instrucción 2/2005; Instrucción 7/2005, de 23 de junio); y se destaca la importancia del deber de información del Ministerio Fiscal a las víctimas durante el proceso penal, si bien es cierto que se echa en falta una concreción de ese deber de información en la fase de ejecución penitenciaria.

(180) Renart García, F., 2015, *op. cit*., p. 57.

(181) Solar Calvo, P., Lacal Cuenca, P., 2018, *op. cit*., p. 3; Solar Calvo, P., 2021, *op. cit*., p. 5.

(182) Cervelló Donderis, V., 2019, *op. cit*., p. 59: apunta «los posibles daños victimológicos que puede sufrir la misma víctima al revivir el daño delictivo y aumentar la impotencia de superar el sufrimiento como claras muestras de victimización secundaria». Barber Burusco, S., 2020, *op. cit*., p. 1240: «tampoco parece que pueda resultar positivo en todo caso ligar la suerte de la satisfacción, la pretendida rehabilitación de la víctima o su protección a los avatares del cumplimiento del castigo del autor; en primer lugar, porque pareciera que lo más importante para la víctima es dejar de serlo lo antes posible; y, en muchos casos para ello puede ser importante e incluso necesario no tener ninguna clase de relación con el autor del delito, ni saber nada de su suerte». Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., p. 70: «la forma de enfrentarse a la experiencia sufrida puede variar de manera notable con el transcurso del tiempo, y la voluntad inicial de conocer y controlar el curso de la evolución penitenciaria del reo pueden fácilmente trasmutar años después en un deseo de superar la experiencia», y, en este sentido, las nuevas posibilidades que abre el artículo 13.1 LEVD, «contribuyen a mi juicio a dificultar –el mero hecho de disponer de la posibilidad del recurso obliga a enfrentarse a ello, pues naturalmente tan decisión es la de resolver plantearlo como la contraria–». Asimismo, Cervelló Donderis, V., 2022, *op. cit*., p. 178, señala que «iría en sentido contrario a lo aconsejado por la Victimología que es ayudar a las víctimas a que dejen de serlo y no prolongar más su sufrimiento, quizá por ello son mucho más aconsejables las medidas dirigidas a la conciliación como pueda ser la mediación, y no las dirigidas a una mayor confrontación».

condenado se desresponsabilice (183) y genere «una visión de sí mismo como víctima del sistema», lo que dé lugar a un «sentimiento que, lejos de apaciguar el conflicto social que todo delito supone, haga peligrar la evolución del tratamiento resocializador» (184).

En segundo lugar, frente a la idea de que la habilitación de la impugnación por parte de las víctimas contribuye a su *dignificación* y que, con ella, se consigue el incremento de su confianza y de su colaboración con la justicia, Tomás-Valiente Lanuza considera que, más bien, «redundará en todo lo contrario» (185). En este sentido, hay que tener en cuenta que lo que contempla el artículo 13.1 LEVD es únicamente la posibilidad de que la víctima recurra determinadas decisiones del/la Juez/a de Vigilancia Penitenciaria, pero en ningún caso –como no puede ser de otro modo– esto quiere decir que la decisión judicial vaya a dar la razón en todo caso a la víctima, puesto que la autoridad judicial valorará necesariamente también otras circunstancias relacionadas con la resocialización del sujeto. De esta forma, es probable que en muchos casos este derecho dé lugar a que se genere una expectativa «para, seguidamente, verse defraudada» (186) y, en consecuencia, «la víctima que se ha sentido lo suficientemente concernida como para plantear un recurso se sentirá doblemente frustrada o humillada» (187).

Pero, además, a esto se añade que, a pesar de que con esta innovación se anuncian grandes posibilidades de intervención para las víctimas –y, verdaderamente, con ella se produce un cuestionamiento de las bases del sistema penal y penitenciario–, en la práctica y desde la perspectiva de una víctima lega en Derecho, difícilmente se alcanzará a comprender por qué son recurribles determinadas decisiones y, sin embargo, otras –como la concesión de un primer permiso de salida, que previsiblemente será la vía por la que la persona condenada saldrá por primera vez de prisión– no lo son. Y, así, puede generarse un

(183) Solar Calvo, P., 2021, *op. cit*., p. 6: «conforme al que el interno, en lugar de asumir la responsabilidad por el hecho delictivo cometido y comprender el daño ejercido sobre la víctima, se victimiza y se siente injustamente castigado por la actuación que a lo largo del cumplimiento aquella pueda haber desarrollado».

(184) Vidales Rodríguez, C., 2020, *op. cit*., p. 203.

(185) Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., p. 69. En el voto particular al Informe del CGPJ, las magistradas firmantes también cuestionan dicho efecto de la legitimación impugnatoria, y afirman que lo que sí contribuiría a la mencionada «dignificación» de la víctima «es atenderla, escucharla, informarla y protegerla, no generarle cargas innecesarias o inmoderadas expectativas. Es, en fin, acompañarla y apoyarla en el camino de la recuperación del equilibrio perdido a consecuencia del delito sufrido» (p. 11). Asimismo, Renart García, F., 2015, *op. cit*., p. 37, cuestiona la «conveniencia y efectividad» de dicha legitimación.

(186) Vidales Rodríguez, C., 2020, *op. cit*., p. 202.

(187) Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., p. 69.

«efecto contraproducente y perverso» (188). Como apuntan Solar Calvo/Lacal Cuenca, esto ocurre porque «la forma en que la norma configura esa protección responde a los intereses de un Derecho penal que busca medidas efectistas ante la opinión pública», de manera que, con esta regulación, no se ha tratado tanto de configurar un sistema que atienda a los intereses de las víctimas en concreto, sino sobre todo de «hacer creer a cualquier ciudadano que se sienta potencialmente víctima de un delito en su poder de intervención frente a aquellas resoluciones que puedan beneficiar al delincuente» (189). En la misma línea, Barber Burusco señala que la pretensión de satisfacer los derechos de la víctima con el cumplimiento de la pena del autor entraña el riesgo de instrumentalización de la víctima y de que no se atiendan sus necesidades desde otros ámbitos no penales (190).

Finalmente, resulta muy pertinente el apunte que realiza Tomás-Valiente Lanuza quien señala que, a pesar de que es posible admitir que a muchas víctimas de delitos puede no resultarles indiferente la forma en la que el sujeto condenado cumpla su condena y, por tanto, que estén interesadas en conocerla e, incluso, en intervenir en ella –de manera que cabe reconocer que habrá víctimas que encuentren satisfacción en las posibilidades que se abren con esta norma–, ni esto lo convierte en un interés de obligado reconocimiento constitucional ni es conveniente que el legislador lo articule como un «interés legalmente ejercitable» (191).

III. POSICIONAMIENTO Y CONSIDERACIONES FINALES

La introducción de la posibilidad de que la víctima recurra determinadas decisiones penitenciarias constituyó una muestra más de la tendencia a articular la atención a las víctimas de los delitos en torno al castigo penal de los victimarios. Y, como se ha señalado en la primera parte del trabajo, el castigo penal no constituye el medio adecuado para atender a las víctimas, sino que, más bien, cerca de él corren un alto riesgo de ser instrumentalizadas y de sufrir victimizaciones secundarias (192). Por eso y por lo acertadas que encuentro las críticas que se han expuesto contra la participación *directa* de la víctima en la ejecución penitenciaria, considero también que la previsión del artículo 13.1 LEVD debe cuestionarse.

(188) Renart García, F., 2015, *op. cit*., p. 58.
(189) Solar Calvo, P., Lacal Cuenca, P., 2018, *op. cit*., p. 7.
(190) Barber Burusco, S., 2020, *op. cit*., p. 1240.
(191) Tomás-Valiente Lanuza, C., 2021, *op. cit*., p. 68.
(192) Barber Burusco, S., 2020, *op. cit*., p. 1240.

Es cierto que, por las características de la regulación concreta que se hace en este precepto y por el momento en el que se aprobó, se ha valorado como «una operación cosmética de escasa repercusión práctica» (193). Sin embargo, también debe advertirse que, como ha señalado Renart García, esta novedad «no constituye un islote en el océano jurídico-penal, esto es, un acontecimiento aislado e inconexo, sino que se enmarca en una política criminal continuista de la corriente de neo-conservadurismo» (194), que ha contribuido al fortalecimiento de una nueva retórica de legitimación del *ius puniendi* (195) y de la lógica del «juego de suma cero» entre los derechos de las víctimas y los de los victimarios (196), y que tiene un fuerte potencial expansivo (197).

De hecho, antes de 2015, la consideración de los intereses de la víctima del delito en la toma de decisiones penitenciarias que pueden modificar el nivel de restricción de la libertad de la persona condenada ya se había ido incorporando progresivamente por medio de reformas penales, y su evolución ha mostrado una tendencia siempre ampliatoria (198). En el marco de la amplia discrecionalidad que existe en la toma de decisiones penitenciarias, cada vez es más frecuente que al evaluar al sujeto se analice y se valore su actitud con respecto a la víctima (199), e, incluso, la percepción de la víctima respecto de la

(193) Vidales Rodríguez, C., 2020, *op. cit*., pp. 206-207.

(194) Renart García, F., 2015, *op. cit*., p. 52.

(195) Garland, D., 2001, *op. cit*., p. 240: «La necesidad de reducir el sufrimiento actual o futuro de las víctimas funciona hoy en día como una justificación de cualquier tipo de medida de represión penal y el imperativo político de mostrarse sensible ante los sentimientos de las víctimas sirve ahora para reforzar los sentimientos retributivos que influyen cada vez más en la legislación penal».

(196) Garland, D., 2001, *op. cit*., p. 241. En este sentido, como afirma Vidales Rodríguez, debe reivindicarse que «es necesario superar la tradicional imagen antagónica en la que la satisfacción de unos sólo puede conseguirse a través del sacrificio o merma de los derechos de los otros» y, «por el contrario, una interpretación integradora de ambas perspectivas» (Vidales Rodríguez, C., 2020, *op. cit*., pp. 194-195).

(197) Solar Calvo, P., 2021, *op. cit*., p. 7.

(198) Concretamente, sobre el papel de las víctimas en la ejecución de las condenas por terrorismo antes de la reforma de 2015, *vid.*: Faraldo Cabana, P., «El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo», en Vázquez-Portomeñe Seijas, F., Guinarte Cabada, G. (dirs.), Pérez Rivas, N., Souto García, E. M. (coords.): *Un sistema penal orientado a las víctimas. Estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 47 y ss.

(199) Solar Calvo, P., 2021, *op. cit*., p. 7: «La potente presencia de la víctima en la ejecución penitenciaria deriva en que casi cualquier decisión administrativa que favorezca los intereses del interno deba basarse en conceptos tan vagos y ajenos a la ciencia jurídica, como el arrepentimiento o la asunción del delito». En el caso de las condenas por terrorismo, esta presencia es todavía más influyente porque, de hecho, se incluye como requisito legal la petición expresa de perdón a las víctimas, lo que,

evolución de la persona condenada. Y, así, de esta forma se abren vías para obstaculizar la progresión a la libertad de las personas condenadas, por medio de la apelación a los intereses de las víctimas (200), llegándose, incluso, a exigir el arrepentimiento como requisito para la progresión hacia la libertad (201). Por tanto, más allá de la incidencia específica que esta previsión legal haya tenido, debe rechazarse como expresión de las tendencias punitivistas de las últimas décadas.

---

según De Marcos Madruga, F., «Especialidades penitenciarias en penas de prisión por delitos de terrorismo. Políticas de concentración y dispersión. Reinserción y arraigo», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 57, 2022, p. 112, supone un «especial concepto de pronóstico de reinserción» en el caso de las personas condenadas por terrorismo. Asimismo, recientemente ha abordado este requisito y su relación con el proceso de resocialización, Gil Gil, A., «El requisito de "petición expresa de perdón a las víctimas". ¿Signo de la progresión personal en el proceso de resocialización?», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 1-35, quien concluye que «la petición de perdón debe eliminarse como requisito legal y jurisprudencial para probar la evolución en la resocialización que permite el progreso en el régimen penitenciario o determinados beneficios».

(200) En este sentido, destaca la posición de Nistal Burón, J., 2019, *op. cit*., pp. 135 y ss., quien, en esta obra, hace un planteamiento completo y preciso sobre cómo debería enfocarse toda la actividad penitenciaria teniendo en cuenta el interés de la víctima. Su propuesta consiste en «compaginar la función reeducadora del sistema penitenciario a través de la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas», partiendo del «reconocimiento de los intereses de éstas en los distintos momentos de la relación jurídico penitenciaria» (p. 137). Despliega esta lógica sobre prácticamente todas las decisiones que pueden tomarse en el ámbito penitenciario. Por ejemplo, señala que para una valoración correcta de las variables que deben analizarse en la clasificación penitenciaria, deberán tenerse en cuenta los intereses de la víctima, y en concreto, apunta que «una negativa o deficiente actitud hacia la víctima será considerada como 'una dificultad para el buen éxito del tratamiento', debiendo ser un factor relevante a efectos de la clasificación penitenciaria» (p. 140); o, para la progresión a tercer grado, «entendemos que sin un arrepentimiento suficiente plasmado en la actitud ante las demandas de la víctima, no será justo que se incremente la confianza hacia el interno, ni que éste acceda a un régimen de semilibertad» (p. 141); o, también, para los permisos de salida, por un lado, la «peculiar trayectoria delictiva» y la «personalidad anómala», que son criterios legales para valorar en esta decisión, deben conectarse «con la actitud del interno hacia la víctima durante la comisión del delito», y, la valoración de la «existencia de variables cualitativas desfavorables», deberá incluir «la ausencia de una adecuada actitud ante el delito y su víctima, manifestada en el transcurso de su relación jurídico penitenciaria» (p. 143).

(201) Díez Ripollés, J. L., «El abuso del sistema penal», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 19, 2017, p. 17: «mientras crecen las atribuciones de la víctima para condicionar en función de sus intereses particulares la determinación de la pena y el régimen penitenciario del condenado, decrecen las capacidades del interno para proteger sus derechos respecto a las condiciones y régimen de cumplimiento de su condena. Así, no es infrecuente que se interpongan dificultades, a veces insuperables, para que los internos apelen decisiones penitenciarias sobre condiciones de *vid.*, régimen o disciplina».

En cualquier caso, la oposición a este tipo de participación de la víctima en la ejecución penitenciaria no se traduce en la negativa a cualquier forma de participación. Y, desde luego, no debe conducir a volver a ignorar a las víctimas durante esta fase. Es necesario –y posible– articular otras vías para su correcta atención por parte de los poderes públicos (202). En este sentido, el Consejo de Estado, en su dictamen sobre el Anteproyecto de la LEVD, propuso que, en lugar de que la víctima pueda participar directamente en la ejecución penitenciaria, se profundice y se estreche la relación entre la víctima y el Ministerio Fiscal. Como apunta Plasencia Domínguez, «articular mecanismos que posibilitaran una comunicación fluida entre estas y el Ministerio Fiscal» constituiría una alternativa mejor (203). Y resulta todavía más interesante la propuesta que se ha hecho de ir más allá y configurar la intervención de la víctima en la ejecución penitenciaria desde una perspectiva restaurativa (204). Así, en el voto particular al Informe del CGPJ, las magistradas firmantes propusieron una redacción alternativa del artículo 13 LEVD, en la que la posibilidad de instar la aplicación de las medidas del apartado 2 se hiciera a través del Ministerio Fiscal (205), y que el apartado 1 –donde se prevé la participación *directa* de la víctima– remitiera al artículo 15 LEVD (206), es

(202) Castañón Álvarez, M. J., Solar Calvo, P., «Estatuto de la víctima: consideraciones críticas a la nueva Ley 4/2015», en *Diario La Ley*, núm. 8685, 2016, p. 1295.

(203) Plasencia Domínguez, N., 2016, *op. cit*., p. 5.

(204) Gómez-Escolar Mazuela, P., 2018, *op. cit*., p. 309.

(205) El texto propuesto en el voto particular para el artículo 13.2 LEVD era el siguiente:

«Las víctimas podrán:

a) Interesar al Ministerio Fiscal que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conductas previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;

b) Facilitar al Ministerio Fiscal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito, o el comiso que hubiera sido acordado».

(206) El texto propuesto en el voto particular para el artículo 13.1 LEVD era el siguiente:

«Toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, será informada de las decisiones judiciales o de la administración penitenciaria que afecten a sus legítimos intereses, aunque no se hubiera mostrado parte en la causa.

Cuando las circunstancias personales del reo y su evolución lo permitan o aconsejen, la comunicación que se libre a la víctima incluirá el ofrecimiento de los servicios de justicia restaurativa a los fines a que se refiere el artículo 15 de esta Ley, y contendrá información clara y precisa acerca de su finalidad, naturaleza y características en los términos previstos en los apartados 2 y 3 de aquel precepto».

decir, a las medidas y procesos restaurativos (207). Esta alternativa de participación restaurativa de la víctima en la ejecución penitenciaria –si se articula correctamente (208)– puede constituir una vía más adecuada y fructífera (209), como defiende parte de la doctrina (210).

Finalmente, con el objetivo de que el catálogo de derechos reconocido a las víctimas de los delitos se cumpla, es fundamental la labor de las OAV, a las que se puede acceder sin necesidad de presentación de una denuncia. El refuerzo de estas oficinas es clave para que sea posible una asistencia adecuada a las víctimas, atendiendo a sus particularidades y respetando sus procesos, para evitar su victimización secundaria, y, también, para que desde las OAV se facilite y promueva el acceso a la justicia restaurativa (211).

---

(207) En este voto particular, además, señalaron lo siguiente: dada «la atención destacada que la Directiva otorga a la Justicia Restaurativa», consideramos que esta «debe alcanzar igualmente a la participación de la víctima en la ejecución penitenciaria, de tal manera que su intervención se articule desde los parámetros restaurativos contenidos en la Directiva y no desde objetivos retributivos, ya culminados» (pp. 2-3). En definitiva, «estimamos que la alternativa formulada es fiel a la filosofía de la Directiva y se adecúa sin tensiones innecesarias a nuestro ordenamiento jurídico» (p. 13).

(208) En este sentido, *vid.*: Francés Lecumberri, P., «La justicia restaurativa y el artículo 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?», en *Eguzkilore*, núm. 3, 2018 , pp. 1-39.

(209) Tamarit Sumalla, J. M., 2013, *op. cit*., p. 27: «la sensibilidad hacia las víctimas representa una oportunidad para el enriquecimiento humano del sistema de justicia y para que éste pueda orientarse hacia una concepción de la justicia como servicio público».

(210) Landa Gorostiza, J. M., 2017, *op. cit*., p. 277; Varona Martínez, G., 2018, *op. cit*., p. 82; Barber Burusco, S., 2020, *op. cit*., p. 1240; Maculan, E., «La participación de las víctimas de violencia colectiva en la determinación y en la ejecución de la pena: ¿un espacio para la justicia restaurativa?», en Varona Martínez, G. (dir.): *Macrovictimización, abuso de poder y victimología: impactos intergeneracionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 337; Solar Calvo, P., 2021, *op. cit*., pp. 8-9: en este sentido, hace referencia a varias experiencias relacionadas con la justicia restaurativa, que «constituyen experiencias complejas, que requieren de un importante esfuerzo innovador e integrador, y que superan la estrategia simplista escogida por nuestro legislador, más centrada en la prolongación indefinida entre víctima y victimario».

(211) Sobre la atención integral a la víctima en las OAV, *vid.*: Pérez Rivas, N., 2017, *op. cit*., pp. 194 y ss. Y, sobre el Servicio de Atención a la Víctima (SAV) del País Vasco, *vid.*: Mendiguren, G., «El servicio de atención a la víctima (SAV): un recurso judicial para la atención integral a la víctima del delito», en Varona Martínez, G. (coord.): *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 147-159; y Lorente, L., Moreno, R., «El servicio de atención a la víctima (SAV) como elemento fundamental del sistema de justicia restaurativa del Gobierno Vasco», en Varona Martínez, G. (coord.): *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 161-186.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso de Escamilla, A.: «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, pp. 75-90.

Alonso Rimo, A.: «La víctima y el sistema punitivo: la reconstrucción del fundamento del Derecho penal desde una perspectiva victimológica», en Baca Baldomero, E./Echeburúa Odriozola, E./Tamarit Sumalla, J. M. (coords.): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 307-323.

Arangüena Fanego, C.: «Participación de la víctima en la ejecución penal», en De Hoyos Sancho, M. (dir.): *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 201-232.

Baca Baldomero, E.: «Los procesos de desvictimación y sus condicionantes y obstáculos», en Baca Baldomero, E./Echeburúa Odriozola, E./Tamarit Sumalla, J. M. (coords.): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 253-283.

Baratta, A.: *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, BdeF, Buenos Aires, 2004.

Barber Burusco, S.: «La intervención de la víctima en el cumplimiento de la pena de prisión», en De Vicente Remesal, J.: Díaz Y García Conlledo, M.: Paredes Castañón, J. M.: Olaizola Nogales, I.: Trapero Barreales, M. A.: Roso Cañadillas, R.: Lombana Villalba, J. A. (dirs.): *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. II.: Reus, Madrid, 2020, pp. 1231-1240.

Barlow, C./Walklate, S.: «Who is the victim? Exploring the complexities of misidentification», en *Criminology & Criminal Justice*, vol. 0, 2025, pp. 1-17.

Blay Gil, E.: «Voy o no voy: el recurso a la policía en el caso de la violencia de género. Perspectivas de las víctimas», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 369-400.

Brandariz García, J. A.: «Victimización de migrantes», en Tamarit Sumalla, J. M. (coord.): *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 45-69.

Castañón Álvarez, M. J.; Solar Calvo, P.: «Estatuto de la víctima: consideraciones críticas a la nueva Ley 4/2015», en *Diario La Ley*, núm. 8685, 2016, pp. 1-1289-1296.

Cerezo Domínguez, A. I.: *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Cervelló Donderis, V.: *Derecho penitenciario*, 5.ª ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

— *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Christie, N.: «The Ideal Victim», en Fattah, E. A. (edit.): *From Crime Policy to Victim Policy*, St. Martins Press, Nueva York, 1986, pp. 17-30.

Corcoy Bidasolo, M.: «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», en *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, pp. 45-76.

DAZA BONACHELA, M. M.: *Escuchar a las víctimas: victimología, derecho victimal y atención a las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DE MARCOS MADRUGA, F.: «Especialidades penitenciarias en penas de prisión por delitos de terrorismo. Políticas de concentración y dispersión. Reinserción y arraigo», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 57, 2022, pp. 75-114.

DEL ROSAL BLASCO, B.: «¿Hacia un Derecho penal de la postmodernidad?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009, pp. 1-64

DELVECCHIO, F.: «La nuova fisionomía della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE», en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, pp. 1-33 [recuperado de: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1460047837DELVECCHIO_2016a.pdf]

DEMETRIO CRESPO, E.: «Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 69, 2006, pp. 65-99.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El abuso del sistema penal», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 1-24.

— «El nuevo Derecho penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 6, 2004, pp. 1-34.

ECHEBURÚA, E.; CRUZ SÁEZ, M. S.: «De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso», *Revista de Victimología*, núm. 1, 2015, pp. 83-96.

ELIAS, R.: «Paradigms and Paradoxes of Victimology», en Sumner, C.: Israel, M.: O'connell, M.: Sarre, R. (edits.): *Victimology: Selected papers from the 8th International Symposium - Conference Proceedings*, Australian Institute of Criminology, Australia, 1996, pp. 9-34.

— «Community Control, Criminal Justice and Victim Services», en Fattah, E. A. (edit.): *From Crime Policy to Victim Policy*, St. Martins Press, Nueva York, 1986, pp. 290-316.

ETXEBERRIA GURIDI, J. F.: «La víctima y el derecho a los recursos», en De Hoyos Sancho, M. (dir.): La *víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 171-199.

FARALDO CABANA, P.: «El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo», en Vázquez-Portomeñe Seijas, F./Guinarte Cabada, G. (dirs.)/ Pérez Rivas, N./Souto García, E. M. (coords.): *Un sistema penal orientado a las víctimas. Estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 47-80.

FATTAH, E. A.: «Victimología: pasado, presente y futuro», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014, pp. 1-33.

FLETCHER, G. P.: «The Place of Victims in the Theory of Retribution», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, núm. 1, 1999, pp. 51-63.

FONDAROLI, D.: «Diritto penale, vittimizzazione e 'protagonismo' della vittima», en *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. VIII, núm. 1, 2014, pp. 74-80.

Francés Lecumberri, P.: «La justicia restaurativa y el artículo 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?», en *Eguzkilore*, núm. 3, 2018, pp. 1-39.

Francés Lecumberri, P.; Restrepo Rodríguez, D.: *¿Se puede terminar con la prisión? Críticas y alternativas al sistema de justicia penal*, Catarata, Madrid, 2019.

Gallo, C.: Elias, R.: «Más allá del castigo. El surgimiento del movimiento de víctimas en los Estados Unidos y Suecia», en *Revista de Victimología*, núm. 8, 2018, pp. 9-34.

García Álvarez, P.: *La víctima en el Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

García del Blanco, V.: «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal», en Gil Gil, A.: Maculan, E. (dirs.): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 275-307.

García Ortiz, A.: «La sentencia del Tribunal Constitucional 75/2024 y su impacto en la perseguibilidad semipública», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 43, 2025, pp. 1-30.

García-Pablos de Molina, A.: *Tratado de criminología*, 5.ª ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Garland, D.: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2001.

Garro Carrera, E.: «De lo que quieren las víctimas… Y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en Pozuelo Pérez, L./ Rodríguez Horcajo, D. (coords.): *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, pp. 137-170.

Germán Mancebo, I.: «Las víctimas ante el Derecho y la justicia: virtualidades y límites de la justicia victimal y la justicia restaurativa», en Zamora, J. A. (edit.): *Sufrimiento social y condición de víctima. Retos sociales, políticos y éticos*, Anthropos, Barcelona, 2021, pp. 215-234.

Giglioli, D.: *Crítica de la víctima*, Herder, Barcelona, 2017.

Gil Gil, A.: «El requisito de 'petición expresa de perdón a las víctimas'. ¿Signo de la progresión personal en el proceso de resocialización?», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 1-32.

— «Las teorías de la pena orientadas a la víctima», en Silva Sánchez, J.: Queralt Jiménez, J. J.: Corcoy Bidasolo, M.: Castiñeira Palou, M. T. (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017(a), pp. 323-331.

— «El papel del Derecho penal en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva», en Gil Gil, A.: Maculan, E. (dirs.): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017(b), pp. 365-392.

— «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», en *InDret*, núm. 4, 2016, pp. 1-39.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: «Derechos del condenado versus derechos de la víctima en la ejecución penitenciaria», en Juanatey Dorado, C.: Sánchez-Moraleda Vilches, N. (dirs.): *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 285-309.

— «Estatuto de la víctima en la ejecución penitenciaria. Aplicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Criterios para el establecimiento de un protocolo de actuación», en *Jornadas de Especialistas en vigilancia penitenciaria*, 2017, pp. 1-21 [recuperado de: https://www.fiscal.es/documents/20142/100565/Ponencia+G%C3%B3mez-Escolar+Mazuela%2C+Pablo.pdf/27435f18-7f2d-e6d8-f897-ccd1a4c9c360]

GONZÁLEZ PÉREZ, S.: «La participación de la víctima en la ejecución», en Soleto Muñoz, H./Grané Chávez, A.: *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 215-248.

GRECO, L.: «¿Penalista con la conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima», en De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./Paredes Castañón, J. M./Olaizola Nogales, I./Trapero Barreales, M. A./Roso Cañadillas, R./Lombana Villalba, J. A. (dirs.): *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. I.: Reus, Madrid, 2020, pp. 187-197.

GÜNTHER, K.: «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», en Prittwitz, C./Baurmann, M./Günther, K./Kuhlen, L./Reinhard, M./Nestler, C./Schulz, L. (edits.): *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 205-220.

HASSEMER, W.: REEMTSMA, J. P.: *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, C. H. Beck, Múnich, 2002.

HERRERA MORENO, M.: «¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014, pp. 343-404.

— «Historia de la victimología», en Baca Baldomero, E./Echeburúa Odriozola, E./Tamarit Sumalla, J. M. (coords.): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-78.

— *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996.

HÖRNLE, T.: «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», en *Juristen Zeitung*, núm. 19, 2006, pp. 950-958.

KAUFMAN, W. R. P.: *Honor and revenge: a theory of punishment*, Springer, Nueva York, 2013.

LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Leyes de víctimas y Derecho penal: simetrías y asimetrías con especial atención a la violencia política», en Gatti, G. (edit.): *Un mundo de víctimas*, Anthropos, Barcelona, 2017, pp. 269-280.

LANDROVE DÍAZ, G.: *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Larrauri Pijoan, E.: «Criminología crítica: abolicionismo y garantismo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, 1997, pp. 133-168.

— «Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles son sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?», en *Jueces para la Democracia*, núm. 15, 1992, pp. 21-31.

Leganés Gómez, S.: «Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria», en *Cuadernos de Res Publica en derecho y criminología*, núm. 1, 2023, pp. 25-40.

Lorente, L./, Moreno, R.: «El servicio de atención a la víctima (SAV) como elemento fundamental del sistema de justicia restaurativa del Gobierno Vasco», en Varona Martínez, G. (coord.): *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 161-186.

Luaces Gutiérrez, A. I.: «Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2016, pp. 139-174.

Lupária, L.: «Reflexiones sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal italiano», en *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, pp. 99-117.

Mac, J.: Smith, M.: *Putas insolentes. La lucha por los derechos de las trabajadoras sexuales*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2020.

Maculan, E.: «La participación de las víctimas de violencia colectiva en la determinación y en la ejecución de la pena: ¿un espacio para la justicia restaurativa?», en Varona Martínez, G. (dir.): *Macrovictimización, abuso de poder y victimología: impactos intergeneracionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 335-373.

Magro Servet, V.: «El derecho de la víctima a tener miedo en el proceso penal y la afectación a su credibilidad», en *Diario La Ley*, núm. 9809, 2021, pp. 1-12.

Manzanares Samaniego, J. L.: «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», en *Diario La Ley*, núm. 4596, 2014, pp. 1-6.

Martínez Escamilla, M.: «La ligereza del Tribunal Supremo ante las víctimas de trata. Sentencia 960/2023 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre», en *Crítica Penal y Poder*, núm. 26, 2024, pp. 1-14.

Mendelsohn, B.: «Victimologie», en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, vol. X, núm. 2, 1956, pp. 95-109.

Mendiguren, G.: «El servicio de atención a la víctima (SAV): un recurso judicial para la atención integral a la víctima del delito», en Varona Martínez, G. (coord.): *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 147-159.

Muñoz Conde, F.: «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo», en *Ciencia Jurídica*, vol. 1, núm. 1, 2012, pp. 113-142.

NAKAHIRA, M.: «Victimización secundaria y derechos humanos», en Del Carpio Delgado, J./García Álvarez, P. (coords.): *Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 291-321.

NEUMAN, E.: *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

NISTAL BURÓN, J.: *La víctima en el Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

— «Implicaciones de la justicia victimal en el Derecho penitenciario», en *Eguzkilore*, núm. 26, 2012, pp. 117-129.

ORTUBAY FUENTES, M.: «Violencia sexista: qué podemos esperar del derecho penal», en Serra, C./Garaizábal, C./Macaya, L. (coords.): *Alianzas rebeldes. Un feminismo más allá de la identidad*, Bellaterra, Barcelona, 2017, pp. 99-105.

PEREDA BELTRÁN, N.: «Prostitución y victimización: un análisis de riesgo», en Tamarit Sumalla, J. M./Pereda Beltrán, N. (coords.): *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 215-246.

PÉREZ RIVAS, N.: *La ejecución penitenciaria. Propuesta de un modelo integrador de los intereses legítimos de la víctima*, Dykinson, Madrid, 2024.

— *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ SANZBERRO, G.: *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.

PITCH, T.: *Il malinteso della vittima*, Gruppo Abele, Torino, 2022.

PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N.: «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», en *Diario La Ley*, núm. 8683, 2016, pp. 1-9.

PRITTWITZ, C.: «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, núm. 1, 1999, pp. 109-129.

REEMTSMA, J. P.: *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, C. H. Beck, Múnich, 1999.

RENART GARCÍA, F.: «Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena (Análisis del artículo 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la L. O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal)», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 17, 2015, pp. 1-68.

ROWLANDS OLAECHEA, J. G.: «Teorías de la pena orientadas a la víctima en el derecho penal alemán y anglosajón: algunas consideraciones», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, núm. 121, 2025, pp. 93-124.

ROXIN, C.: «Pena y reparación», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, pp. 5-15.

ROXIN, C./, GRECO, L.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 5.ª ed.: C. H. Beck, Múnich, 2020.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: «La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, 2004, pp. 219-309.

SCHAFER, S.: *Victimology: the victim and his criminal*, Reston, Washington, 1977.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

— «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, pp. 149-171.

— *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Buenos Aires, 2006.

— «La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la Víctimo-dogmática», en AA. VV.: *La Victimología*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 11-52.

SIMON, J.: *Gobernar a través del delito*, Gedisa, Barcelona, 2007.

SOLAR CALVO, P.: «En busca del lugar de la víctima. Análisis de situación y propuestas·, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 36, 2021, pp. 1-20.

SOLAR CALVO, P.: LACAL CUENCA, P.: «Consecuencias penitenciarias del estatuto de la víctima», en *Diario La Ley*, núm. 9179, 2018, pp. 1-12.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 13, 2017, pp. 115-138.

— «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», en *InDret*, núm. 1, 2013, pp. 1-31.

— «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en Baca Baldomero, E./Echeburúa Odriozola, E./Tamarit Sumalla, J. M. (coords.): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 17-50.

— *La reparació a la víctima en el Dret Penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1993.

TAMARIT SUMALLA, J. M.; AIZPITARTE GORROTXATEGI, A.; HERNÁNDEZ HIDALGO, P.; ARANTEGUI ARRÀEZ, L.: «La impotencia de la justicia penal ante la violencia de género: visiones de los profesionales y de las víctimas», en *Revista Electrónica de Criminología*, vol. 3, 2020, pp. 1-16.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «El interés de la víctima en la pena del delito. Algunas reflexiones», en Pozuelo Pérez, L.: Rodríguez Horcajo, D. (coords.): *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, pp. 31-71.

TONRY, M.: *Thinking about Crime. Sense and Sensibility in American Penal Culture*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2004.

VAN DIJK, J.: «Free the Victim: A critique of the Western Conception of Victimhood», en *International Review of Victimology*, vol. 16, núm. 1, 2009, pp. 1-33.

VARONA GÓMEZ, D.: «El papel de la víctima en un Derecho penal democrático», en Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (coords.): *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, pp. 73-95.

VARONA MARTÍNEZ, G.: *Policía y víctimas: pautas para evitar la victimización secundaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

— «Elementos victimológicos en la definición de la necesidad de pena: Aportaciones críticas desde la justicia restaurativa», en Juanatey Dorado, C./Sánchez-Moraleda Vilches, N. (dirs.): *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 67-87.

— «Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales», en Tamarit Sumalla, J. M./Pereda Beltrán, N. (coords.): *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 247-302.

VARONA MARTÍNEZ, G.; HERRERA MORENO, M.; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Explorando caminos futuros en victimología», en Varona Martínez, G. (dirs.): *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 37-49.

VARONA MARTÍNEZ, G.; ZULOAGA LOJO, L.; FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *Mitos sobre delincuentes y víctimas. Argumentos contra la falsedad y la manipulación*, Catarata, Madrid, 2019.

VENTUROLI, M.: «La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche», en *Archivio Penale*, núm. 2, 2021, pp. 1-37.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La intervención de la víctima en la ejecución de la pena (comentario al artículo 13.1 de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito)», en *Revista do Instituto de Ciências Penais*, vol. 5, 2020, pp. 191-209.

VIVES ANTÓN, T. S.: «La dignidad de todas las personas», en Arroyo Zapatero, L./Lascuraín Sánchez, J. A./Pérez Manzano, M. (edits.)/Rodríguez Yagüe, C. (coord.): *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 179-182.

VON HENTIG, H.: *The criminal & his victim: studies on the sociobiology of crime*, Yale University Press, New Haven, 1948.

WALKLATE, S.: «Conclusion: developing an agenda for a (critical) victimology», en Walklate, S. (edit.): *Handbook of Victims and Victimology*, 2.ª ed.: Routledge, New York, 2018, pp. 379-384.

— «Researching Victims of Crime: Critical Victimology», en *Social Justice*, vol. 17, núm. 3, 1990, pp. 25-42.

Imprescriptibilidad o dignidad: en defensa de la prescripción penal (también) de los delitos sexuales cometidos sobre menores

BEATRIZ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN
Profesora Titular de Derecho penal (A.)
CUNEF Universidad

RESUMEN

El presente trabajo analiza la regulación de la prescripción de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Tras examinar el marco normativo vigente en el ordenamiento jurídico español y en el Derecho comparado, así como las principales propuestas de reforma en esta materia, se valora de manera específica la viabilidad jurídica de suspender el cómputo del plazo de prescripción y de declarar la imprescriptibilidad de estos delitos, a partir de una reflexión crítica sobre los fundamentos que se han invocado para justificar tanto la prescripción como la imprescriptibilidad en el ámbito penal.

Palabras clave: *Prescripción; imprescriptibilidad; delitos sexuales; menores; denuncia; suspensión; plazo; dies a quo; dies ad quem; dignidad; derechos humanos; punibilidad; necesidad de pena; fines de la pena; Derecho penal del enemigo; Derecho penal simbólico.*

ABSTRACT

This paper examines the regulation of the statute of limitations for sexual offences committed against minors. After analysing the current legal framework, both within the Spanish legal system and in comparative law, as well as the main reform proposals in this area, it specifically assesses the legal feasibility of suspending the limitation period and declaring these offences as not subject to limitation. This assessment is based on a critical reflection on the foundations that have been used to justify both the statute of limitations and its inapplicability in criminal law.

Keywords: *Statute of limitations; imprescriptibility; sexual offences; minors; reporting; suspension; time limit; dies a quo; dies ad quem; dignity; Human Rights; punishment; necessity of punishment; purposes of punishment; Enemy criminal law; symbolic criminal law.*

SUMARIO: I. Introducción.–PARTE I. Los delitos sexuales sobre menores.–II. La idiosincrasia de los delitos sexuales cometidos sobre menores.–III. La regulación de la prescripción de los delitos sexuales sobre menores en España.–IV. Toma de postura.–V. Breve análisis de la regulación de la prescripción de los delitos sexuales sobre menores en el derecho comparado. 1. El espacio europeo. 1.1 Alemania. 1.2 Francia. 1.3 Italia. 1.4 Portugal. 1.5 Austria. 1.6 Suecia. 1.7 Países Bajos. 1.8 Suiza. 1.9 Reino Unido. 2. Otros países. 2.1 Hispanoamérica. 2.2 EEUU. 3 Recapitulación de la regulación en derecho comparado.–VI. Propuestas legislativas. 1. La proposición de ley orgánica de 2024. 2. Las propuestas desde Europa.–PARTE II. Sobre el fundamento de la prescripción del delito.–VII. Comenzando por el final: sobre el fundamento de la imprescriptibilidad.–VIII. Sobre el fundamento de la prescripción. 1. La vinculación del fundamento con la naturaleza jurídica. 2. Teorías tradicionales sobre el fundamento de la prescripción. 2.1 Teorías materiales. 2.2 Teorías procesales. 2.3. Otras teorías. 3. Teorías más recientes. 3.1 Teoría de la falta de necesidad de preservar el orden social vigente. 3.2 La prescripción como atenuante. 3.3 La prescripción como derecho humano. 4. Recapitulación del rechazo de las teorías expuestas y la defensa de la dignidad como fundamentación. 4.1 Rechazo de las teorías expuestas. 4.2 Defensa de la dignidad como fundamentación.–IX. La prescripción como causa de exclusión de la pena de fundamento jurídico-constitucional.–X. A modo de conclusión.–XI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Una institución de corte clásico como la prescripción de los delitos y las penas ha cobrado renovado protagonismo en los últimos años a raíz de diversas reformas normativas –algunas ya en vigor, otras aún en fase de tramitación– que inciden directamente en el régimen jurídico aplicable a los delitos sexuales cometidos sobre menores de edad.

En este concreto ámbito delictivo, resulta frecuente que la presentación de la denuncia tarde muchos años en llegar. Factores como la vergüenza, el temor o el sentimiento de culpa pueden desencadenar en la víctima mecanismos de negación, represión o bloqueo de los recuerdos, impidiéndole asimilar lo sucedido hasta la edad adulta. No es infrecuente, por tanto, que cuando la víctima alcanza un estado psí-

quico que le permite verbalizar lo vivido y activar la persecución penal, el delito haya prescrito.

Con la intención de dar respuesta a esas peculiaridades victimológicas de los delitos sexuales contra menores, se han promovido, nos atrevemos a decir que con alcance global, reformas orientadas a adaptar el régimen de prescripción a dicha realidad. Sin embargo, lo que comenzó como un ajuste puntual ha derivado, en los últimos tiempos, en una auténtica cruzada contra la institución misma de la prescripción.

Así, por lo que respecta a España, cuando aún no se ha cumplido un lustro desde la entrada en vigor de la Ley de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia –que postergó el *dies a quo*, como veremos, por medio de la suspensión del inicio del cómputo de la prescripción hasta la fecha en que la víctima alcanzara los 35 años– el debate legislativo se ha reabierto con la intención de modificar nuevamente este régimen.

De este modo, en la fecha en que se escriben estas líneas y tras su aprobación por el Congreso de los Diputados, se encuentra en tramitación parlamentaria una Proposición de Ley remitida por el Parlamento de Cataluña (1) que pretende que en aquellos delitos sexuales cometidos sobre menores castigados con penas de prisión de hasta cinco años, el cómputo de la prescripción se inicie en el momento en que la víctima alcance los 45 años, ampliándose en diez años el plazo actual; y que los restantes delitos sexuales cometidos sobre menores –es decir, aquellos castigados con pena de prisión superior a cinco años– se conviertan en imprescriptibles.

Semejante escalada contra la prescripción ha encontrado igualmente eco en el ámbito internacional. En este contexto, aunque los países de nuestro entorno, según veremos, han optado mayoritariamente por suspender el *dies a quo* del plazo prescriptivo hasta que la víctima alcance una determinada edad, comienza a extenderse una clara y preocupante tendencia hacia la imprescriptibilidad, respaldada por la convicción de que los fundamentos que antaño legitimaban la prescripción han quedado obsoletos.

Incluso en el ámbito europeo, donde las directrices en la materia se han caracterizado tradicionalmente por su enfoque mesurado y contenido, se viene adoptando en fechas recientes un tono claramente expansivo. Cuando apenas acabamos de conocer, en 2024, que la Comisión Europea propone unos plazos mínimos de suspensión que, en el caso de

(1) Véase el texto de la Proposición de Ley de modificación de la prescripción de los delitos contra la libertad sexual cometidos contra menores de edad (Orgánica) en https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-95-1. PDF (última visita: 31/03/2025).

los delitos sexuales más graves cometidos sobre menores, fijarían el *dies a quo* al menos 20 años después de que la víctima alcanzara la mayoría de edad, en mayo de 2025 el Parlamento Europeo ha ido aún más allá, presentando una propuesta que supone un auténtico órdago legislativo: la eliminación de cualquier límite temporal para la persecución penal de los delitos sexuales cometidos contra menores.

Ahora bien, conviene destacar que, por más que resulte innegable el particular perfil victimológico de este tipo de delitos, la aceptación o el rechazo de medidas como el aplazamiento del *dies a quo* o el reconocimiento de la imprescriptibilidad depende, en última instancia, del fundamento que se atribuya a la institución de la prescripción. Y este es un terreno en el que reina la discordia: tanta es la convicción acerca de la necesidad de la prescripción y de las ventajas que comporta, como la incertidumbre que persiste en torno a las razones que la sustentan.

Los argumentos que históricamente han tratado de justificar la prescripción se revelan como falaces en su mayoría, y aquellos que conservan cierta solidez teórica se consideran hoy superados o desfasados. La incapacidad de cualquier teoría de presentar un argumento suficientemente sólido, coherente y válido en el momento actual, ha llevado a que en los últimos tiempos la mayoría doctrinal haya asumido una justificación híbrida basada en una más que cuestionable superposición de argumentos, que aquí rechazamos. No creemos que el problema resida aquí tanto en esa desconfianza con la que, como ha señalado acertadamente Puente Rodríguez, los juristas nos aproximamos a las fundamentaciones plurales de las instituciones jurídicas (2), como en el hecho de que la inidoneidad de cada una de las explicaciones ofrecidas para justificar la prescripción no se ve corregida por la mera acumulación de otras igualmente insuficientes. La pregunta que entonces se plantea es si un conjunto de argumentos fallidos puede llegar a conformar una fundamentación válida. Y la respuesta, lamentablemente, es negativa: se construye un argumento igualmente insostenible con un número de objeciones equivalente al número de teorías que pretenden adicionarse (3).

Esa fragilidad de los fundamentos que tradicionalmente han sustentado la institución de la prescripción explica, en gran medida, la profunda crisis de legitimidad en la que actualmente se encuentra

(2) Puente Rodríguez, L.: «En defensa de la prescripción del delito. Una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad», en *RECPC* 24-30, 2022, p. 1.

(3) En este sentido, ya Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las penas, Doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 144.

inmersa (4). Y precisamente esta incapacidad de ofrecer una argumentación sólida es la causante de que incluso en el ámbito doctrinal la prescripción haya dejado de considerarse una institución sacrosanta e intocable: recientemente se ha llegado incluso a proponer su supresión como causa de extinción de la responsabilidad penal, sugiriendo, en el mejor de los casos, su conversión en una circunstancia atenuante (5).

Sin embargo, el progresivo debilitamiento de su legitimidad ha llevado también a algunos autores a explorar nuevas vías de fundamentación. De esta manera, en los últimos años, comienza a perfilarse una teoría que concibe la prescripción como un derecho humano reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), lo que podría ofrecer una base normativa más sólida para justificar su mantenimiento en el Derecho penal contemporáneo. Esta orientación emergente abre así una vía esperanzadora para la reconstrucción dogmática de una institución tradicionalmente debilitada por la falta de fundamentos convincentes.

En la presente contribución pretendemos analizar esta problemática. Para ello examinaremos la evolución normativa reciente en relación con los delitos sexuales contra menores, atendiendo a sus particularidades victimológicas, a las reformas ya operadas en España y en otros países europeos, y a las propuestas en curso tanto en el ámbito nacional como internacional. A ello dedicaremos la primera parte del artículo. En la segunda, abordaremos críticamente las principales teorías que han tratado de fundamentar la prescripción penal y revisaremos sus objeciones. Mencionaremos las últimas propuestas de fundamentación y, en particular, la que tenemos por correcta: la prescripción como causa de exclusión de la pena de fundamento jurídico-

(4) Tampoco ha contribuido a superar esta crisis la falta de claridad que históricamente ha rodeado diversos aspectos de la prescripción, señalados por Quintero Olivares: la carencia de criterios sólidos para precisar cuál es la pena señalada al delito que debe de marcar el número de años necesarios para la prescripción, la ausencia de una relación cerrada de las causas de interrupción que pueden ser admitidas y la incertidumbre respecto del número de años que, por efecto de las interrupciones, pueden acumularse sin llegar a producirse la prescripción. El autor reprochaba, además, la oportunidad desaprovechada por el Código Penal de 1995 y el incomprensible laconismo del Derecho español en una materia que afecta de modo tan directo a la seguridad jurídica. Véase Quintero Olivares, G.: «El tiempo y el derecho penal: legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad y prescripción del delito», en *Estudios jurídicos*, publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 614, disponible en: https://www.cej- mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/6596 (última visita:: 17/5/2025).

(5) Además de una extensión generalizada de la imprescriptibilidad. La propuesta proviene del estudio monográfico de Garro Carrera, E.: *Paso del tiempo y respuesta penal. Derecho comparado y propuestas de lege ferenda para la regulación española*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 190 y ss.

constitucional (6) basada en el respeto a la dignidad humana (7). Una teoría fundamentada en la dignidad humana que nos permitirá evaluar la corrección de la siguiente hipótesis: mientras que sí es posible la suspensión del *dies a quo*, puesto que la dignidad está ligada al principio de proporcionalidad, no es posible la eliminación del *dies ad quem* debido a su carácter irrenunciable. O si se prefiere: es posible el establecimiento de un plazo de suspensión –razonable– para los delitos sexuales cometidos sobre menores, pero no su imprescriptibilidad, pues una persecución sin límite temporal supone una instrumentalización de la persona inadecuada e intolerable.

PARTE I. LOS DELITOS SEXUALES SOBRE MENORES

II. LA IDIOSINCRASIA DE LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS SOBRE MENORES

La violencia sexual contra menores constituye una realidad tan alarmante como invisible. Se afirma que uno de cada cinco menores en Europa es víctima de alguna forma de violencia sexual (8), y que una de cada tres víctimas nunca revelará lo sucedido a nadie. La magnitud de los casos no denunciados resulta preocupante (9): solo el 9,3 % de los adolescentes víctimas de agresiones sexuales pone los hechos en conocimiento de las autoridades (10).

En los últimos veinte años se ha intensificado la investigación del fenómeno de la revelación en los delitos sexuales cometidos sobre menores de edad. Aunque los datos son oscilantes, esos estu-

(6) Según la teoría iniciada por Wolter y adoptada de manera pionera en nuestro país por Pedreira González, que será estudiada más adelante.

(7) Como concreción de la propuesta de Esser de vincular la prescripción con los derechos humanos, que tendremos ocasión de analizar y valorar.

(8) Así en la Campaña del Consejo de Europa «Uno de Cada Cinco», cuyo objetivo era el de lograr la implementación del Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote).

(9) Véanse las referencias y los estudios recogidos con detalle en Gómez Martín, V.: «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más?», en *RECPC* 24-38, 2022, p. 11.

(10) Cuestión distinta es la credibilidad de estos testimonios. Al respecto, puede verse, por ejemplo, Cabezas-García, M., Peña Fernández, M. E., Andreu Rodríguez, J. M.: «Psychosocial factors associated with the assessment of testimony credibility in Child Sexual Abuse», en *Anales de psicología / Annals of psychology*, vol. 38, n.º 2, mayo 2022 pp. 307-315.

dios estiman que entre un 31 % y un 41 % revelaron la agresión sexual durante la niñez, mientras que entre un 58 % y un 72 % lo hicieron en la edad adulta (11). En los análisis retrospectivos realizados con adultos, las edades medias de revelación oscilan entre 20 y 46 años después de los hechos (12). Estas cifras no solo ilustran el profundo impacto psicológico de este fenómeno delictivo, sino también las múltiples barreras que impiden o dificultan la comunicación temprana de los hechos.

La decisión de revelar una agresión sexual sufrida durante la infancia constituye un proceso complejo, marcado por una red de factores interrelacionados que operan en distintos niveles (13). La doctrina especializada suele agrupar los obstáculos a la denuncia en tres grandes categorías: los de índole interpersonal, los socioculturales y los intrapsíquicos (14). Estas categorías permiten comprender tanto las resistencias externas como los conflictos internos que atraviesan las víctimas, muchas de las cuales permanecen en silencio incluso durante décadas.

En el plano interpersonal, esas dificultades para denunciar surgen frecuentemente cuando la víctima se encuentra bajo la influencia o dependencia del agresor. Semejante situación puede deberse a contextos de convivencia prolongada –como la que se desarrolla en el hogar, en la escuela o en círculos académicos– o a vínculos emocio-

---

(11) Así lo afirman Mcelvaney, R., Moore, K., O'reilly, K., Turner, R., Walsh, B., Guerin, S.: «Child sexual abuse disclosures: Does age make a difference?», en *Child Abuse & Neglect*, 99, 2020, p. 2. Otros estudios relevantes acerca de los obstáculos que se encuentran las víctimas a la hora de denunciar pueden verse en Mckibbin, G., Humphreys, C. y Hamilton, B.: «Talking about child sexual abuse would have helped me: Young people who sexually abused reflect on preventing harmful sexual behavior», *Child Abuse & Neglect*, 70, 2017, pp. 210-221, disponible en: https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2017.06.017 (última visita: 3/4/2025) y Pereda, N., Abad, J. y Guilera, G.: «Lifetime prevalence and characteristics of child sexual victimization in a community sample of Spanish adolescents», *Journal of Child Sexual Abuse*, 25 (2), 2016, pp. 142-158, disponible en https://doi.org/10.1080/10538712.2016.1123791 (última visita: 3/5/2025).

(12) Alaggia, R., Collin-Vézina, D. y Lateef, R.: «Facilitators and Barriers to Child Sexual Abuse (CSA) Disclosures: A Research Update (2000–2016)», *Trauma, Violence & Abuse*, vol. 20, n.º 2, abril de 2019, pp. 260-283, disponible en https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1524838017697312 (última visita: 15/5/2025).

(13) Puede encontrarse una síntesis de los diferentes estudios recientes en Abdul Latiff, M., Fang, L., Goh, D. A., Tan, L. J.: «A systematic review of factors associated with disclosure of child sexual abuse», en *Child Abuse & Neglect* 147 (2024), pp. 2 y ss., disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213423005525?via%3Dihub (última visita: 2/3/2025).

(14) Véase ampliamente Gómez Martín, V.: «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más?», *op. cit*., pp. 11 y 12.

nales, materiales o económicos que perduran incluso después de haberse alejado la víctima físicamente del entorno en que ocurrieron los hechos. En tales casos, el temor a las consecuencias de romper el silencio –como el rechazo familiar, la desestabilización del entorno o la protección del agresor por parte de terceros– suele inhibir la revelación.

Los factores socioculturales actúan también como barreras. El ideal de la virginidad, la rigidez de los roles de género, el tabú en torno a la sexualidad o la preocupación por preservar la imagen familiar, dificultan que muchas víctimas puedan verbalizar lo ocurrido. Además, los estereotipos dominantes, que asocian la agresión sexual con una víctima femenina y un autor masculino, invisibilizan otras experiencias y generan sentimientos de exclusión y desautorización en quienes no encajan en ese esquema. En determinadas culturas, el control emocional o el deber de proteger a la familia refuerzan el silencio, provocando que la denuncia se perciba como una traición (15).

Los procesos intrapsíquicos constituyen otro núcleo crítico de obstáculos. Muchas víctimas experimentan sentimientos de culpa, vergüenza, confusión o miedo, que actúan como frenos emocionales a la hora de hablar. Algunas dudan de si lo vivido constituye realmente una agresión; otras desconfían incluso de la veracidad de sus propios recuerdos, especialmente cuando los hechos tuvieron lugar en etapas muy tempranas o han sido objeto de represión psíquica (16). La incertidumbre sobre la legitimidad del propio testimonio o el temor a ser cuestionadas también contribuyen al silencio. Incluso aquellas personas que en la edad adulta conservan plena conciencia de lo ocurrido y deciden interponer una denuncia formal, deben atravesar intensas barreras emocionales, como la ansiedad, el autorreproche o el temor a las consecuencias personales y sociales de hacerlo público.

Junto a estas variables, la investigación empírica ha señalado otros elementos relevantes que influyen en la posibilidad de revelar la agresión. La edad al momento de los hechos, el nivel de desarrollo cognitivo, la existencia de un entorno protector, la educación sexual recibida o la presencia de adultos de referencia que validen y escuchen el relato pueden ser elementos decisivos en la revelación del delito. Asimismo,

---

(15) Sobre todo ello puede verse Abdul Latiff, M., Fang, L., Goh, D. A., Tan, L. J.: «A systematic review of factors associated with disclosure of child sexual abuse», *op. cit*., pp. 2 y ss., disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213423005525?via%3Dihub (última visita: 2/3/2025).

(16) Acerca del efecto disociativo que provoca la agresión sexual, Véase Lowe, R.: «Extending Statutes of Limitations for Victims of Child Sexual Abuse Based on the Developmental Model and International Law», en *Boston University Public Interest Law Journal,* vol. 24, n.º 1, 2015, pp. 31 y ss.

se ha demostrado que la gravedad de la agresión no determina de forma lineal la revelación: tanto experiencias muy leves como extremadamente graves pueden motivar o dificultar la denuncia, según las circunstancias personales y sociales de cada caso.

A pesar de que las cifras que se presentan son oscilantes, en lo que sí existe unanimidad por parte de los estudios que se ocupan de esta cuestión es en la relevancia de la prevención, tanto a través de la educación sexual temprana y adaptada a los distintos contextos socioculturales como por medio de la formación de profesionales capaces de detectar señales no verbales, generar espacios de confianza e intervenir sin revictimizar.

Por ello, a pesar de que en esta contribución queremos centrarnos en el análisis jurídico de la posibilidad de introducir modificaciones en la prescripción, nos gustaría también poner de manifiesto que la doctrina penal española ha rechazado que se haga depender, como viene siendo frecuente, la solución de un problema tan complejo como este solo del Derecho penal. En este sentido, conviene recordar las palabras de González Tascón, quien afirma que antes que la prolongación de los plazos prescriptivos, «más adecuado nos parece insistir en la adopción de medidas de prevención y detección del delito prontas, como podría ser la educación sexual, la facilitación de información a los menores sobre servicios de orientación, ayuda y asistencia, la capacitación de las familias y de todos aquellos que profesionalmente están en contacto habitual con los menores para identificar y reaccionar en interés del menor ante las señales de victimización sexual, etc., en lugar de depositar una vez más la confianza ciega en la modificación de la letra de la ley penal» (17).

III. LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES SOBRE MENORES EN ESPAÑA

Aunque hace años que se reclama desde instancias internacionales que la particular idiosincrasia de los delitos sexuales contra menores sea tenida en cuenta por el legislador, lo cierto es que en España estos delitos llevan ya mucho tiempo sometidos a un régimen particular, al haber sido excluidos de las reglas generales del cómputo de la pres-

(17) González Tascón, M. M.: «Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal», en *Diario La Ley*, n.º 9902, julio 2021, p. 14.

cripción desde el año 1999 (18). Así, un conjunto de delitos caracterizado únicamente por la circunstancia de que la víctima de los mismos fuera menor de edad, resultó apartado del régimen general, estableciéndose que el plazo de prescripción no comenzaría a contarse desde la fecha de la comisión del delito –como dispone con carácter general el artículo 132.1 CP– sino desde que la víctima cumpliera los 18 años.

De este modo, la LO 11/1999, de 30 de abril, en el artículo 132.1 CP, párrafo segundo, añadió, a continuación del texto vigente, el siguiente inciso: «En los delitos de homicidio, aborto no consentido, lesiones, malos tratos, detenciones ilegales, torturas y otros delitos contra la integridad moral, contra la libertad sexual y contra la intimidad, cuando la víctima fuera menor de edad, desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad. Si la víctima falleciere antes de la mayoría de edad el plazo de prescripción se computará a partir de la fecha del fallecimiento».

A continuación, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, reformó el catálogo de delitos sujetos a esta regla especial de prescripción y subsanó el error inicial de haber incluido el delito de homicidio, y no su tentativa, pues una víctima fallecida no podía alcanzar la mayoría de edad. De este modo, el artículo 132.1 CP pasa a fijar en los 18 años de la víctima el *dies a quo* «en la tentativa de homicidio y los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio». Por lo tanto, con respecto a la anterior regulación, se suprime la referencia a los delitos de malos tratos, se incluye la denominación más genérica y completa de delitos «contra la libertad» y la referencia a la indemnidad sexual, y se incorporan, de forma más que discutible por su amplitud y ambigüedad, los delitos contra el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Un nuevo error de redacción tuvo lugar en esta segunda reforma de 1999: el legislador empleó la misma fórmula que en la primera, ordenando que el nuevo texto se incorporara al apartado 1 del artículo 132 CP «a continuación de su texto vigente». Sin embargo, no advirtió que, en este caso, la redacción no debía añadirse, sino susti-

(18) En la tradición jurídica española, la prescripción del delito comienza a contarse desde su comisión. Así lo han establecido históricamente los Códigos penales, salvo el de 1870, que de forma subsidiaria preveía iniciar el cómputo desde la *notitia criminis* si no podía determinarse el momento de la comisión del delito. El Código Penal de 1995 sigue la línea marcada desde 1932: según el artículo 132.1 CP, el plazo de prescripción se computa desde la fecha en que se ha cometido la infracción punible, salvo en los delitos continuados, en los que el cómputo se inicia desde el día en que se realizó la última infracción, y en los delitos permanentes, en los que el plazo comienza a correr desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

tuir a la anterior. Como resultado, tras la reforma, el artículo 132.1 CP pasó a contener simultáneamente ambos textos –el original y el reformado– generando una duplicidad que se intentó resolver recurriendo a la figura de la derogación tácita del texto anterior.

En todo caso, la particular suspensión del *dies a quo* introducida en 1999 se mantuvo vigente durante más de dos décadas. Habría que esperar al año 2021, con la aprobación de la Ley de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia –autodenominada «Ley Rhodes» (19)– patrocinada por el entonces Ministro de Derechos Sociales y Agenda 2030, Pablo Iglesias, para que se produjera un cambio en esta materia. Y así, con el objetivo declarado de evitar «la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección», se amplió el plazo de suspensión de la prescripción de los delitos sexuales cometidos contra menores, postergándose el *dies a quo* hasta el momento en que la víctima alcanzara los 35 años de edad (20).

La reforma, no obstante, no se limitó al ámbito de los delitos sexuales, sino que tuvo una proyección mucho más amplia. El artículo 132.1 CP, párrafo segundo, pasó a diferenciar dos grupos de delitos con víctimas menores de edad. En el primero, que abarcaría el aborto no consentido, las lesiones, los delitos contra la libertad, las torturas, los atentados contra la integridad moral, los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y los delitos contra las relaciones familiares, el legislador optó por conservar el criterio vigente antes de la reforma, estableciendo que el cómputo del plazo de prescripción se inicia cuando la víctima alcanza la mayoría de edad o, en caso de fallecimiento antes de esa edad, desde la fecha del fallecimiento.

En el segundo grupo se situarían los delitos de mayor gravedad, de manera que en la tentativa de homicidio, las lesiones de los artícu-

(19) Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIVI), es comúnmente conocida como «Ley Rhodes» en alusión al músico James Rhodes, quien fue víctima de abusos sexuales en su niñez y tuvo un papel destacado en la promoción de esta iniciativa legislativa. Durante el pleno del Congreso celebrado el 15 de abril de 2021, la entonces Ministra de Derechos Sociales y Agenda 2030, Ione Belarra, subrayó públicamente la implicación personal de Rhodes en la tramitación de la ley, agradeciéndole su valentía al compartir su historia y transformarla en una acción legislativa. Véase: https://elpais.com/sociedad/2021-04-15/el-congreso-aprueba-una-ley-pionera-que-protege-a-la-infancia-frente-a-la-violencia.html?utm_source=chatgpt.com (última visita: 18/5/2025).

(20) Texto disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con (última visita: 25/3/2025).

los 149 y 150 CP, el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 CP, los delitos contra la libertad sexual y la trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de 18 años, «los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento».

Inicialmente, también en este segundo grupo se incluyeron los delitos contra la libertad, de modo que se hacía referencia a esta categoría delictiva de manera simultánea, tanto en el párrafo que fijaba el *dies a quo* en los 18 años de la víctima, como en el que lo fijaba en los 35, generando una evidente inseguridad jurídica sobre el plazo aplicable. Semejante confusión no se resolvió hasta la reforma operada por la LO 4/2023, de 27 de abril, que aclaró que dichos delitos se someten al plazo que fija el *dies a quo* en los 18 años de la víctima.

Además de que el artículo 132.1 CP, según vemos, merecería ser analizado en las facultades de Derecho como paradigma de deficiente técnica legislativa derivada de la falta de reflexión y apresuramiento del legislador, puede afirmarse, en términos generales, que la regulación de las causas de suspensión del plazo de prescripción en nuestro ordenamiento se ha llevado a cabo sin seguir un criterio plenamente coherente.

En buena teoría, la razón por la cual la reforma operada por LO 14/1999 no excluyó del cómputo general del plazo de prescripción todos los delitos cometidos sobre menores fue que dicha excepción se reservó para aquellos ilícitos cuya persecución se ve particularmente dificultada por la especial relación de dependencia de la víctima respecto del agresor, normalmente perteneciente a su entorno más cercano. Sin embargo, ya en ese momento el catálogo de delitos excluidos resultaba claramente insuficiente: contemplaba, por ejemplo, la tentativa de homicidio, pero no la de asesinato, y omitía conductas relevantes como los delitos contra las relaciones familiares o aquellos patrimoniales cometidos por personas obligadas a proteger los intereses del menor, como los casos de apropiación indebida por parte de tutores o albaceas (21).

La reforma de 2003 no solo no corrigió estas deficiencias, sino que se limitó a incorporar los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, inclusión que no respondía a las razones que originariamente habían motivado la adopción de un régimen especial.

---

(21) En este sentido ya Quintero Olivares, G.: «La nueva regulación de la prescripción del delito», en Álvarez García/González Cussac (Dirs.) *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 178 y 179.

Y aunque la reforma llevada a cabo en 2021 supuso, en parte, un avance, al incorporar por fin los delitos contra las relaciones familiares, las omisiones continúan siendo significativas. Así, todavía no se han incluido los delitos patrimoniales cometidos por personas con especiales deberes de protección o responsabilidades sobre el menor –como tutores o albaceas– ni la tentativa de asesinato. Además, se ha criticado con razón que la nueva regulación, pese a autodenominarse como «de protección integral a la infancia y la adolescencia», no haya incorporado modificaciones coherentes en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores (22).

En su conjunto, la selección de los delitos a los que se aplica la suspensión del plazo de prescripción no responde de forma coherente a las razones que justificaron la adopción del sistema dual. La decisión legislativa de fijar un *dies a quo* diferido –hasta que la víctima cumple 35 años– se basó en el reconocimiento de una realidad concreta, sustentada en dos premisas fundamentales: por un lado, que en determinados delitos las víctimas requieren un largo proceso psicológico antes de poder relatar lo sucedido; y por otro que, al tratarse de conductas cometidas en la intimidad, la *notitia criminis* solo puede producirse a partir de la denuncia de la propia víctima. En consecuencia, la ausencia de una suspensión suficientemente prolongada del plazo de prescripción equivale, en la práctica, a impedir la posibilidad misma de juzgar estos delitos.

No obstante, semejantes características –dificultad de revelación y falta de otras vías probatorias– son propias de ciertos delitos muy concretos cometidos contra menores. El ejemplo paradigmático lo constituyen los delitos sexuales, pero esas mismas particularidades pueden observarse también en determinados delitos contra las personas cometidos en contextos de autoridad, dependencia familiar o institucional, o en relaciones de especial confianza. Sin embargo, los delitos seleccionados por el legislador a los que se aplica el plazo de suspensión especialmente prolongado fijado en los 35 años de la víctima parece haber atendido más a la gravedad de los delitos en cuestión (23), que a las peculiaridades estructurales que dificultan su revelación. En consecuencia, la lógica que subyace al sistema dual queda desvirtuada, al no vincularse la extensión del plazo de prescripción con las condiciones que realmente obstaculizan la persecución penal de estos delitos.

(22) Por ejemplo, González Tascón, M. M.: «Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal», *op. cit.,* p. 15.

(23) Véase Gómez Martín, V.: «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más?», *op. cit*., p. 19.

IV. TOMA DE POSTURA

Tras la exposición de la evolución legislativa en torno a la suspensión de la prescripción, queda pendiente, por último, pronunciarnos sobre el plazo de suspensión que consideramos asumible. De las distintas regulaciones posibles sobre la postergación del *dies a quo* habidas –y también de las proyectadas, que veremos después– la única que consideramos aceptable es la que fija el inicio del cómputo de la prescripción en la mayoría de edad de la víctima. Es decir, la regulación que se introdujo en nuestro ordenamiento en 1999, y que ha estado vigente hasta la reforma operada por LO 8/2021, de 4 de junio.

Semejante suspensión podría justificarse en aquellos delitos cometidos sobre menores en los que la *notitia criminis* dependiera exclusivamente de la víctima y esta se encontrara en una especial relación de dependencia respecto del autor. Ello sucede, desde luego, en los delitos sexuales sobre menores, y además, en ciertos delitos patrimoniales, como la apropiación indebida cometida por tutores y albaceas, en los delitos contra las relaciones familiares, en la violencia doméstica o la ejercida en contextos de dependencia institucional.

Ahora bien, no consideramos procedente prolongar esa suspensión más allá de la mayoría de edad. En el ordenamiento jurídico español se presume *iuris tantum* que toda persona que alcanza los 18 años ha desarrollado la madurez suficiente para tomar decisiones informadas y responsables. A partir de esa edad, el individuo adquiere plena capacidad de obrar, lo que le permite ejercer sus derechos y asumir responsabilidades sin necesidad de representación legal.

Establecer un plazo superior para la suspensión de la prescripción no solo supone contradecir, en cierto sentido, el principio de capacidad jurídica fijado en los 18 años, sino que implica incurrir en un paternalismo incompatible, precisamente, con la dignidad que aquí venimos defendiendo. Resulta difícil sostener que una persona pueda desarrollar la madurez, autonomía e independencia necesarias para ejercer plenamente todos los derechos y responsabilidades propios de la mayoría de edad, salvo el de denunciar. Aboga también por este plazo la necesaria coherencia global del ordenamiento jurídico.

Se trataría, por lo demás, de un plazo unitario, opción esta que es la única que puede mantenerse de manera congruente, dado que la suspensión de la prescripción persigue como objetivo facilitar la persecución penal, y la gravedad del delito, como ya hemos indicado, no determina la edad en que se produce la revelación. La regulación actual y todas aquellas que, como veremos, proponen una distinción escalonada en función

de la gravedad del delito, han convertido la suspensión de la prescripción, de manera inaceptable, en un instrumento sustancialmente retributivo.

Ciertamente, a la recuperación de este plazo único y fijado en la mayoría de edad habrá quien oponga –como se viene haciendo insistentemente en los últimos años– el hecho de que determinados delitos sexuales sobre menores estarían abocados a la prescripción.

No obstante, conviene recordar aquí que la razón de ser del establecimiento del plazo de suspensión no es el de garantizar la punición de todos y cada uno de los delitos cometidos sobre menores, sino solamente la de evitar la impunidad generalizada. Basta con que se castigue un número razonable que permita a la pena ejercer su efecto preventivo. El necesario sacrificio de la punición de un porcentaje de delitos a través de un plazo de suspensión más contenido, no debe ser visto como una debilidad del Estado de Derecho, sino precisamente como una de sus expresiones más altas.

V. BREVE ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES SOBRE MENORES EN EL DERECHO COMPARADO

En este apartado expondremos brevemente la regulación de la prescripción en los delitos sexuales cometidos sobre menores en el Derecho comparado.

1. **El espacio europeo**

1.1 Alemania

El Código Penal alemán (StGB) regula en el § 78b la suspensión del plazo de prescripción de la persecución penal (*Ruhen der Verjährung*). En lo que respecta a los delitos contra la libertad sexual, regulados en el apartado 1, número 1, de dicho parágrafo, esta norma ha sido objeto de tres modificaciones significativas.

La primera de ellas, introducida mediante la reforma del 30 de junio de 1994, estableció que el cómputo del plazo de prescripción quedaría suspendido hasta que la víctima alcanzara la mayoría de edad. Posteriormente, la Ley para la Protección de los Derechos de las Víctimas de Abusos sexuales, de 26 de junio de 2013 (24), elevó dicha

(24) *Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs* (StORMG), disponible en: https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-stärkung-der-

edad a los 21 años. Y finalmente, mediante la Ley de 21 de enero de 2015 (25), se amplió la suspensión del inicio del cómputo de la prescripción hasta que la víctima alcanzara los 30 años de edad.

Esta última reforma fue acompañada de una disposición transitoria que permitía la aplicación retroactiva a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, siempre que, conforme a la normativa previa, no hubiesen prescrito todavía, lo que en Alemania se entiende coherente con la naturaleza procesal de la prescripción (26).

Por lo que respecta a la imprescriptibilidad, conviene recordar, por último, que el antiguo § 67 StGB establecía un plazo de prescripción de 20 años para el delito de asesinato, régimen que fue finalmente derogado en 1979, declarándose su imprescriptibilidad.

Tampoco prescriben los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, tipificados en la Ley de Derecho Penal Internacional alemana (VStGB), cuyo § 5 declara expresamente la imprescriptibilidad de todos los crímenes contemplados en ella.

1.2 Francia

En el ordenamiento francés la suspensión de la prescripción está regulada en la legislación procesal. Con la Ley n° 2017-242, de 27 de febrero de 2017, relativa a la reforma de la prescripción en materia penal (27), se modificó el artículo 7 del Código procesal penal (*Code de Procédure pénale*) y se ampliaron los plazos de prescripción, que pasaron a ser de 10 a 20 años para los delitos graves, y de 3 a 6 años para los leves, estableciéndose, además, un plazo particular de 30 años para los delitos regulados en el artículo 706-47 CPfr, entre los que se encuentran los de naturaleza sexual cometidos sobre menores.

La Ley n.º 2021-478, de 21 de abril de 2021, destinada a proteger a los menores de los crímenes y delitos sexuales y del incesto (28), reformaría el artículo 7 del Código procesal penal en dos sentidos. Por

---

rechte-von-opfern-sexuellen-missbrauchs-stormg/35125 (última visita: 26/3/2025).

(25) *Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom* 21.01.2015, disponible en: https://dejure.org/BGBl/2015/BGBl._I_S._10 (última visita: 26/3/2025).

(26) Véase al respecto *infra*, pp. 348 y ss.

(27) *Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale*, disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034096721 (última visita: 25/03/2025).

(28) *Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l´inceste*, disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043403203 (última visita: 26/03/2025).

un lado, estableció un plazo de suspensión de la prescripción fijando en la mayoría de edad de la víctima el *dies a quo*. Por otro, añadió una regla particular para el caso de que el autor cometiera otro delito sexual sobre un menor antes de que hubiera prescrito el primer delito, determinando que el plazo de prescripción del primer delito se prolongaría hasta la fecha de prescripción del nuevo.

Por lo que respecta a la imprescriptibilidad, únicamente los delitos de lesa humanidad gozan de este régimen excepcional en el ordenamiento francés. Tras la reorganización introducida por la Ley n.º 2017-242, de 27 de febrero de 2017, la imprescriptibilidad de estos delitos se encuentra regulada en el artículo 133-2 del Código Penal francés.

1.3 Italia

La prescripción está regulada en los artículos 157 a 162 bis del Código Penal italiano (CPIt.).

En el artículo 158 CPIt., dedicado al inicio del plazo de prescripción, la Ley n.º 103, de 23 de junio de 2017, añadió un tercer apartado que establecía que en los delitos contemplados en el artículo 392, apartado 1-bis (29) del Código de Procedimiento Penal, cuando la víctima fuera una persona menor de edad, el plazo de prescripción comienza a computarse desde el día en que esta alcanza la mayoría de edad, salvo que la acción penal se haya ejercitado con anterioridad, en cuyo caso el cómputo se inicia desde la adquisición de la *notitia criminis*. Entre estos delitos se encuentran los delitos sexuales cometidos sobre menores. Esta norma se aplica exclusivamente a los hechos ocurridos después de su entrada en vigor, lo que tuvo lugar el 3 de agosto de 2017.

Todos los delitos en el ordenamiento italiano son susceptibles de prescripción, con la única excepción de aquellos que están castigados con cadena perpetua (*ergastosolo*) (30), entre los que no se encuentran los delitos sexuales sobre menores.

---

(29) En concreto, se hace referencia a los siguientes delitos: malos tratos en la familia o hacia menores (art. 572 CPit.), reducción o mantenimiento en esclavitud o servidumbre (art. 600 CPit.), prostitución de menores (art. 600 bis CPit.), pornografía infantil (art. 600 ter CPit.), posesión de material pornográfico con representación de menores (art. 600 quater CPit.), pornografía virtual (art. 600 quater.1 CPit.), iniciación a la pornografía de menores (art. 600 quinquies CPit.), trata de personas (art. 601 CPit.), violencia sexual (art. 609 bis CPit.), actos sexuales con menores (art. 609 quater CPit.), corrupción de menores (art. 609 quinquies CPit.), violencia sexual en grupo (art. 609 octies CPit.), delitos sexuales cometidos por medio de tecnologías digitales o telemáticas (art. 609 undecies CPit.) y acoso reiterado (art. 612 bis CPit.).

(30) Asesinato agravado (artículos 576 y 577 CPit.), homicidio con finalidad terrorista o subversiva (artículo 289-bis CPit.), homicidio de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (artículo 577, n. 4 CPit.), secuestro con resultado de muerte

1.4 Portugal

En el ordenamiento portugués, los plazos de prescripción se encuentran regulados en el artículo 118 del Código Penal (CPPort.). En el apartado 5.º de este artículo se establece que, en los delitos contra la libertad y la autodeterminación sexual de menores, así como en el delito de mutilación genital femenina cuando la víctima sea menor, el procedimiento penal no se extingue, por efecto de la prescripción, antes de que la víctima cumpla 25 años.

Además, en el artículo 119 CPPort., dedicado al inicio del cómputo de la prescripción, se establece que, en los delitos contra la libertad y la autodeterminación sexual de menores, el plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que la víctima alcance la mayoría de edad y, si fallece antes de alcanzarla, desde la fecha de su muerte.

Por lo que se refiere a la imprescriptibilidad, Portugal firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998, lo ratificó el 5 de octubre de 2002 y este entró en vigor en el país el 1 de febrero de 2003. No obstante, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra no ha sido incorporada al Código Penal.

1.5 Austria

El Código Penal austriaco (öStGB) dispone en el § 58.3 öStGB que, si la víctima de un delito contra la vida e integridad física, la libertad o la integridad y autodeterminación sexuales fuera menor de edad en el momento de la comisión del delito, el cómputo de la prescripción no se iniciará hasta que la víctima haya alcanzado los 28 años.

En lo que concierne a la imprescriptibilidad, de acuerdo con el § 57 öStGB, no prescriben los delitos castigados con una pena privativa de libertad de diez a veinte años, o con prisión perpetua, ni tampoco los delitos comprendidos en la parte vigesimoquinta del Código Penal (es decir, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra).

1.6 Suecia

De acuerdo con el artículo 97 Código penal sueco (BrB), en los delitos sexuales sobre menores, así como en los delitos contra la

(artículo 630, tercer inciso CPit.), desastre doloso con resultado de muerte (artículo 434, párr. 2 CPit.), actos de terrorismo con homicidio, crímenes de guerra y contra la humanidad (604-bis CPit.), homicidio en el contexto de mafia u organización criminal (artículo 416-bis CPit. en relación con artículo 577 CPit.), violación seguida de muerte en circunstancias agravadas (artículo 609 octies CPit.), regicidio o atentado contra el Presidente de la República con resultado de muerte (artículo 276 CPit.).

integridad corporal y contra la vida cometidos sobre menores de 16 años, la prescripción de la acción penal se suspende, en todo caso, hasta el día en que la víctima cumpla 25 años.

En Suecia, la imprescriptibilidad de los delitos graves, eliminada en 1975 (31), fue restablecida en 2010. Desde entonces, los crímenes contra la humanidad, el asesinato y el homicidio dejaron de estar sujetos a límites temporales para su persecución penal. Semejante modificación legislativa respondió, fundamentalmente, a los avances en las técnicas forenses, en particular al desarrollo de la tecnología del ADN, que ha incrementado significativamente la posibilidad de esclarecer crímenes incluso muchos años después de su comisión. En la actualidad se considera que esos avances tecnológicos han debilitado el fundamento tradicional relativo a las dificultades probatorias que surgen con el transcurso del tiempo, en el que se entendía basada la prescripción (32).

La reforma operada por la Ley Federal del 16 de junio de 2023, relativa a la reforma del Derecho penal en materia sexual, declararía imprescriptibles los delitos sexuales cometidos sobre menores de 12 años (33).

1.7 Países Bajos

Desde la reforma legal de 2012 (34), y de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 del Código penal de los Países Bajos (WvSr), han quedado excluidos del régimen de prescripción los delitos castigados con una pena privativa de libertad de al menos 12 años, así como los delitos sexuales contra menores castigados con una pena privativa de libertad de al menos 8 años. Esta modificación legislativa

---

(31) Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», en Hochmayr, G., Gropp, W. (Dirs.), *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen. Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags*, Nomos, Baden-Baden, p. 727.

(32) *Ibidem*, p. 712, nota 19.

(33) Tras la reforma operada por la Ley Federal del 16 de junio de 2023, en el artículo 101 BrB, letra e, se declaran imprescriptibles «los actos de índole sexual cometidos contra niños menores de 12 años, incluidos los actos sexuales con menores (artículo 187, ap. 1 y 1bis), el atentado contra la integridad sexual y la coacción sexual (artículo 189), la violación (artículo 190), los actos sexuales cometidos sobre una persona incapaz de discernimiento o de resistencia (artículo 191), el abuso de una situación de angustia o de dependencia (artículo 193) y el engaño sobre el carácter sexual de un acto (artículo 193a)».

(34) Por Ley de 15 de noviembre de 2012, por la que se modifica el Código Penal en relación con la adaptación del régimen de la prescripción de la acción penal, disponible en: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2012-572.html (última visita: 18/5/2025).

se fundamenta en la pérdida de actualidad de las razones que originalmente legitimaban la institución, en particular la idea –hoy considerada obsoleta– de que el temor a la persecución penal durante el plazo de prescripción constituye una suerte de *poena naturalis* que podía sustituir la imposición efectiva de una pena (35).

1.8 Suiza

En el ordenamiento suizo, la prescripción se regula en el Título VI del Código Penal suizo (Schw. StGB), concretamente en los artículos 97 a 101. El artículo 97.2 Schw. StGB (36) establecía que en los delitos sexuales cometidos sobre menores de 16 años (regulados en el artículo 187 Schw. StGB), «el plazo de prescripción se suspende, en todo caso, al menos hasta que la víctima haya cumplido los 25 años».

No obstante, a raíz de la iniciativa popular «Für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» («Por la imprescriptibilidad de los delitos pornográficos contra niños»), se celebró en 2008 un referéndum que dio lugar a una reforma, no solo del Código Penal, sino también de la Constitución Federal. A partir de dicha modificación, el artículo 123b CF pasó a declarar la imprescriptibilidad tanto de la acción penal en los delitos de naturaleza sexual o pornográfica cometidos contra menores, como de las penas impuestas por tales delitos (37).

1.9 Reino Unido

En el Reino Unido, el régimen de la prescripción penal se caracteriza por la ausencia general de plazos de prescripción para los delitos más graves. En virtud del principio *nullum tempus occurrit regi* («el tiempo no corre contra el Rey») se sostiene que en el Derecho inglés la persecución de un delito no debe quedar frustrada por el transcurso del tiempo. Por lo tanto, los delitos sexuales cometidos sobre menores son imprescriptibles.

---

(35) Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 713, nota 24.

(36) Este artículo, modificado por el núm. I 1 de la Ley Federal de 16 de junio de 2023 sobre la revisión del derecho penal sexual, en vigor desde el 1 de julio de 2024, establece: «En cas d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (artículo 187) et en cas d'infractions au sens des artículo 111, 113, 122, 124, 182, 189 à 191, 193, 193a, 195 et 197, al. 3, dirigées contre un enfant de moins de 16 ans, la prescription de l'action pénale court en tout cas jusqu'au jour où la victime a 25 ans».

(37) Véase el texto constitucional en: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en (última visita: 28/3/2025).

Solamente las infracciones de menor gravedad, conocidas como *summary offences* están sujetas a un plazo de prescripción, que suele ser de seis meses desde la comisión del hecho, conforme a lo previsto en la *Magistrates' Courts Act* de 1980.

2. **Otros países**

2.1 Hispanoamérica

En Hispanoamérica, la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos sobre menores se ha extendido progresivamente en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

En Argentina, la Ley n.º 26.705, de 2011, incorporó un segundo párrafo al artículo 63 del Código Penal, estableciendo que, en los delitos sexuales, cuando la víctima fuera menor de edad, el plazo de prescripción de la acción penal comenzaría a correr desde la medianoche del día en que alcanzara la mayoría de edad. Posteriormente, la Ley n.º 27.206 de «Respeto a los Tiempos de las Víctimas», de 2015, derogó aquella disposición y modificó el artículo 67 CPAr., disponiendo que, en tales casos «se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad». En la práctica, esta modificación ha supuesto la imprescriptibilidad efectiva de tales delitos (38).

En Chile, la Ley n.º 21.160, promulgada en 2019 tras un amplio consenso parlamentario, modificó el Código Penal para suprimir la prescripción de delitos sexuales sobre menores (39).

México, por su parte, reformó en 2023 su Código Penal Federal y diversas leyes estatales para establecer que los delitos sexuales contra personas menores de 18 años –incluidos la violación, el abuso sexual, el hostigamiento, la pornografía infantil y la corrupción de menores– sean imprescriptibles (40).

---

(38) Puede leerse la justificación de la imprescriptibilidad en el Proyecto de Ley: https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2025/PDF2025/TP2025/1444-D-2025.pdf

(39) Entre otros. Puede verse el listado completo de delitos y su justificación en: https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/67761-ley-de-imprescriptibilidad-de-delitos-sexuales-contra-menores-de-edad (última visita: 11/5/2025).

(40) El artículo 107 bis CPMex. establece:

«El término de prescripción de los delitos previstos en el Título Octavo del Libro Segundo de este Código cometidos en contra de una víctima persona menor de dieciocho

En Perú, la imprescriptibilidad de la mayor parte de los delitos sexuales se declaró mediante la modificación del Código Penal operada por la Ley n.º 30838, de 3 de agosto de 2018 (41).

En Ecuador, tras el Referéndum celebrado en 2018 (42), se introdujo la imprescriptibilidad los delitos sexuales cometidos sobre menores, tanto en el artículo 46.4 de la Constitución, como en el Código Orgánico Integral Penal (artículos 16.4 (43) y 75 (44)).

2.2 EEUU

En Estados Unidos, la regulación de la prescripción de los delitos sexuales cometidos contra menores varía según el Estado, dada la estructura federal del país. No obstante, puede apreciarse una tenden-

---

años, comenzará a correr a partir de que ésta cumpla la mayoría de edad, con excepción de los delitos previstos en los artículos 200, 201, 202, 203, 203 Bis, 204 y 209 bis de este Código, que serán imprescriptibles (…) En los casos de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, así como los previstos en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, que hubiesen sido cometidos en contra de una persona menor de dieciocho años de edad, se observarán las reglas para la prescripción de la acción penal contenidas en este capítulo, pero el inicio del cómputo de los plazos comenzará a partir del día en que la víctima cumpla la mayoría de edad, con excepción de los delitos previstos en los artículos 261, 262 y 266 de este Código, que serán imprescriptibles». Texto disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf

(41) Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Esta ley incorporó el artículo 88-A al Código Penal, aplicándose a delitos como la violación sexual, el abuso sexual, el acoso sexual, la explotación sexual, la pornografía infantil y la trata de personas, entre otros.

(42) Puede verse el texto del Referéndum en: https://www.cne.gob.ec/documents/Estadisticas/2018/libro%20resultados%20referndum%20y%20consulta%20popular%20de%202018_parte_1.pdf?utm_source=chatgpt.com&TSPD_101_R0=084ca49a33ab20007a2028e2a692a657a3856c5407b8c1ff289f24b7fa67c27f489bc9ba2bcc2a380893e2272514300094a4fe5dcfe761767644d7c74984fcb99b33cd629094dc71fe6efeb3630a01b34d8f906eb95658951799492b32af2bad (última visita: 11/5/2025).

(43) Artículo 16.4 CPEc.: «Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, las acciones legales por daños ambientales; y, los delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes, son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena».

(44) Artículo 75 CPEc.: «No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, daños ambientales y, contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes».

cia generalizada a ampliar o suprimir los plazos de prescripción aplicables a este tipo de delitos.

En este sentido, numerosos Estados han optado por eliminar por completo la prescripción respecto de determinados delitos sexuales especialmente graves cometidos contra menores, particularmente en los supuestos de mayor gravedad. En aquellos otros Estados donde la prescripción no ha sido totalmente suprimida, los plazos se han extendido de manera significativa, permitiendo el ejercicio de la acción penal hasta que la víctima alcanza una edad determinada, que con frecuencia oscila entre los 49 y los 50 años (45).

En los delitos de menor entidad, sin embargo, los Estados mantienen plazos de prescripción, aunque suelen ser más extensos que en los delitos que carecen de esa naturaleza sexual.

En cualquier caso, debe subrayarse que en el ámbito académico estadounidense se cuestiona hoy el fundamento de la prescripción, dado que los avances tecnológicos, sobre todo en el análisis del ADN, han restado fuerza al argumento tradicional basado en las dificultades probatorias (46).

3. **Recapitulación de la regulación en Derecho comparado**

A la vista de la regulación de la prescripción en el Derecho comparado, pueden extraerse diversas conclusiones.

En primer lugar, podemos destacar que, entre las tres soluciones teóricamente posibles para responder al fenómeno de la revelación tardía –esto es, (i) el establecimiento de plazos especiales de prescripción, (ii) la suspensión del cómputo del plazo prescriptivo, o (iii) la declaración de imprescriptibilidad (47)– la que ha sido adoptada de manera generalizada en los países europeos es la suspensión del inicio del cómputo del plazo de prescripción. Esta fórmula permite que el procedimiento penal pueda iniciarse una vez que la víctima ha alcanzado una determinada edad. Las edades de la víctima que determinan el *dies a quo* de la prescripción varían de un ordenamiento a otro. En unos casos, se fija en los 18 años, y en otros, en edades superiores: 25 o 30 años. En todo caso, conviene señalar que la suspensión establecida en los países europeos ha excedido con creces de lo que tradicionalmente venía

(45) Véase https://childusa.org/2024sol/ (última visita: 28/3/2025).

(46) Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 666.

(47) Esta clasificación proviene de Gómez Martín, V.: «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más?», *op. cit*., p. 12.

demandándose desde Europa, como veremos a continuación, pues lo único que se exigía era que pudiera perseguirse el delito durante un plazo razonable una vez la víctima alcanzara la mayoría de edad, requisito este que los distintos Estados venían cumpliendo sobradamente.

Una segunda conclusión de interés radica en que, en el ámbito del Derecho comparado, se observa una tendencia cada vez más firme hacia la imprescriptibilidad de los delitos sexuales con víctimas menores de edad. Queda excluido, naturalmente, el caso del Reino Unido, donde la imprescriptibilidad constituye más bien la regla general y la prescripción es la excepción. Esta tendencia que apreciamos se ha implantado en diversas jurisdicciones de Hispanoamérica, donde la imprescriptibilidad se configura como un principio rector en materia de persecución penal de los delitos sexuales cometidos contra menores, y también ha afectado de manera notable a la legislación de los Estados Unidos. Por lo que respecta al territorio europeo, del análisis realizado se puede concluir que el cambio hacia la imprescriptibilidad se inicia en Suiza, donde, tras el referéndum celebrado en 2008, se reformó incluso la Constitución Federal para declarar la imprescriptibilidad tanto de la acción penal como de la pena en relación con determinados delitos sexuales cometidos contra menores. Desde entonces, otros Estados europeos, como Suecia y los Países Bajos, han seguido esta línea.

No queremos concluir sin referirnos nuevamente a los motivos en los que se ha apoyado esa declaración de imprescriptibilidad. En el caso sueco, el legislador justificó la eliminación de los plazos de prescripción para los delitos graves en los avances de la tecnología del ADN, que han permitido incluso reabrir y resolver exitosamente crímenes cometidos décadas atrás. Semejante argumento también ha tenido repercusión en la doctrina penal norteamericana. En los Países Bajos, por su parte, se ha sostenido que los fundamentos tradicionales de la prescripción, y en particular el que defiende el carácter de *poena naturalis* de la persecución penal, habían quedado, en buena medida, obsoletos.

El reconocimiento de la insuficiencia de los fundamentos que tradicionalmente sostenían la institución de la prescripción ha permitido, pues, configurar la imprescriptibilidad como una respuesta legítima, lo que pone de manifiesto la crisis estructural que atraviesa actualmente la prescripción.

VI. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

1. **La Proposición de Ley Orgánica de 2024**

La Proposición de Ley Orgánica presentada por el Parlamento de Cataluña, y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 5 de abril de 2024, contiene dos artículos que introducen modificaciones en el Código Penal y en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LPM). En concreto, el artículo primero modifica los artículos 131.3, 132.1 y 133.2 del Código Penal, mientras que el segundo incorpora un nuevo subapartado al artículo 15.1 de la LPM (48).

Las reformas que se propone introducir en el Código Penal tienen por objeto reforzar la protección penal frente a los delitos sexuales cometidos contra menores. En primer lugar, se amplía el listado de delitos imprescriptibles previsto en el artículo 131.3 CP, para incluir aquellos delitos contra la libertad sexual cometidos sobre menores de edad que, conforme a la clasificación del propio Código (artículos 13.1 y 133.2 CP), estén castigados con penas privativas de libertad superiores a cinco años. En segundo lugar, se modifica el artículo 132.1 CP con el fin de establecer que, en los delitos contra menores que no alcancen ese umbral de gravedad, el plazo de prescripción no comience antes de que la víctima haya cumplido 45 años. Esta previsión pretende garantizar que las víctimas dispongan, al menos, hasta los 50 años de edad para ejercer la acción penal. Finalmente, se reforma el artículo 133.2 CP para disponer que las penas impuestas por estos delitos también sean imprescriptibles, reforzando así la coherencia del sistema: si la acción penal no prescribe, tampoco debe prescribir la ejecución de la pena derivada de ella.

Por su parte, la modificación que se propone en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores consiste en incorporar un nuevo subapartado al artículo 15.1 LPM, estableciendo un régimen específico de prescripción aplicable a los delitos contra la libertad sexual cometidos por menores sobre quienes también son menores. En concreto, se prevé que el plazo de prescripción se extienda hasta diez años a contar desde que la víctima cumpla 35 años, o desde la fecha de su fallecimiento si este se produjera antes de alcanzar dicha edad.

La Proposición de LO justifica tales modificaciones en la evidencia empírica acumulada sobre el fenómeno del abuso sexual infantil, en los compromisos internacionales asumidos por el Estado español y en la evolución normativa del Derecho comparado.

A ello se suma el fundamento normativo ya presente en nuestro ordenamiento jurídico para declarar la imprescriptibilidad de ciertos delitos especialmente graves. Como se analizará más adelante al abordar esta figura, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, al establecer la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de

(48) Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641

muerte, señalaba que la razón de ser de la prescripción penal radica en la progresiva pérdida de la necesidad de castigo con el transcurso del tiempo, premisa que no puede sostenerse –según dicha norma– en los casos de homicidio o asesinato terrorista (49).

La Proposición de LO considera plenamente trasladable esta argumentación a los delitos sexuales cometidos contra menores, en tanto que su lesividad se prolonga a lo largo de toda la vida de la víctima y la necesidad de una respuesta penal permanece intacta incluso décadas después de su comisión.

En definitiva, al igual que en su momento se reconoció la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, esta iniciativa legislativa parte de la ausencia del fundamento que justifica la prescripción para proponer la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos sobre menores de edad.

2. **Las propuestas desde Europa**

Con el inicio del s. XXI, garantizar que las víctimas de los delitos sexuales puedan ejercitar la acción penal se ha convertido en una reivindicación constante en el ámbito europeo (50).

Así, el Convenio del Consejo de Europa de 2007, para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual –conocido como «Convenio de Lanzarote»– impuso en su artículo 33 la obligación por parte de los Estados firmantes de adoptar las medidas necesarias «para que el plazo de prescripción para iniciar actuaciones judiciales (…) tenga la duración suficiente para permitir el inicio efectivo de dichas actuaciones después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y sea proporcional a la gravedad del delito de que se trate» (51).

En términos similares, el Convenio de Estambul de 2011, relativo a la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, contempla una previsión semejante en su artículo 58, obligando a las partes a adoptar las medidas necesarias «a efectos de que el plazo de prescripción (…) tenga una duración suficiente y pro-

(49) Sobre el carácter tautológico de esta afirmación puede verse, por ejemplo, CERRADA MORENO, M.: «La naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos», *op. cit*., p. 124.

(50) Sobre ello, ampliamente, TORRES ROSELL, N.: «Menores víctimas y prescripción del delito: análisis jurídico y político-criminal de la reforma legal en España (LO 8/2021, de 4 de junio)», *Polít. Crim*., vol. 17, n.º 34, diciembre 2022, pp. 547 y ss.

(51) Texto disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17392 (última visita: 26/3/2025).

porcional a la gravedad del delito de que se trate, a fin de permitir la tramitación eficaz del procedimiento, después de que la víctima haya adquirido la mayoría de edad (52).

Asimismo, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, establece en su artículo 15.2 que los Estados deberán garantizar que la acción penal pueda ejercitarse «durante un período de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y que esté en consonancia con la gravedad de la infracción cometida» (53).

Como puede observarse, todos estos instrumentos comparten una finalidad común: asegurar que la víctima disponga del tiempo necesario para denunciar una vez alcanzada la mayoría de edad. No obstante, sus exigencias pueden considerarse relativamente moderadas, ya que se limitan a requerir que el procedimiento penal pueda iniciarse efectivamente a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad. Se exigen plazos razonables o suficientes, pero no se fija un plazo mínimo concreto.

A partir de 2020, no obstante, asistimos a una trasformación en este ámbito, y las peticiones se vuelven más ambiciosas: ya no basta con que pueda denunciar alcanzada la mayoría de edad durante un periodo de tiempo razonable, sino que se pide el establecimiento de un plazo muy extenso e incluso la declaración de la imprescriptibilidad.

Así, en la Resolución 2330 (2020), titulada «Abordar la violencia sexual contra los niños: intensificar la acción y la cooperación en Europa», la Comisión Permanente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa insta, en su artículo 6.1.4, a los Estados miembros a «abolir los plazos de prescripción para los delitos de violencia sexual contra menores, o al menos garantizar que los plazos de prescripción en el derecho civil y penal sean proporcionales a la gravedad del abuso alegado y, en cualquier caso, no inferiores a treinta años a partir de que la víctima haya alcanzado los 18 años» (54).

Precisamente a esta Resolución alude la Proposición de Ley Orgánica de modificación del régimen de prescripción de los delitos sexuales contra menores, presentada por el Parlamento de Cataluña. En ella

(52) Texto disponible en: https://rm.coe.int/1680462543 (última visita: 26/3/2025).

(53) Texto disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011 (última visita: 15/5/2025).

(54) Texto disponible en: https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28673&lang=en&utm_source=chatgpt.com (última visita: 15/5/2025).

se señala que, pese a los avances introducidos por la LO 8/2021 (55), el marco normativo español sigue presentando deficiencias significativas en la protección efectiva de las víctimas y en su acceso a la justicia. Por ello, se subraya la necesidad de una nueva reforma del Código Penal, orientada a armonizar el régimen de prescripción con los modelos más avanzados del norte de Europa, en consonancia con las recomendaciones formuladas en la Resolución 2330 (2020) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

La tendencia europea más exigente parece haberse afianzado. En febrero de 2024, la Comisión Europea presentó una propuesta para reformar la Directiva 2011/93/UE sobre la lucha contra los abusos sexuales y la explotación de menores. Entre los principales cambios propuestos, destaca la ampliación del plazo de prescripción de estos delitos. Se modifica el artículo 16.2 de la Directiva, estableciendo una serie de plazos de prescripción que se califican expresamente como «mínimos». Esos plazos, calculados a partir del momento en que la víctima alcanza la mayoría de edad, varían en función de la gravedad de las infracciones. En concreto, se establece que, en los delitos castigados con una pena máxima de al menos tres años de prisión, el plazo no podrá ser inferior a veinte años, lo que implica que la acción penal podrá ejercitarse hasta que la víctima cumpla, al menos, 38 años. En los casos en que la pena máxima sea igual o superior a cinco años, el plazo mínimo se eleva a 25 años, de modo que la prescripción no operaría antes de que la víctima cumpliera 43 años. Finalmente, cuando la infracción esté castigada con una pena máxima de ocho años o más, el plazo de prescripción será, como mínimo, de 30 años, lo que garantiza que la víctima podrá ejercer su derecho a instar la persecución penal hasta al menos los 48 años de edad (56).

Este viraje en la regulación se justifica en la intención de armonizar los plazos de prescripción entre los distintos Estados y de evitar –según se afirma– que aquellos con plazos más breves se conviertan en refugio para los agresores sexuales de menores. Para sostener la lógica del enfoque propuesto, se ha invocado un estudio realizado en 2020 por Alaggia, Collin-Vézina y Lateef (57), donde se realiza una evaluación

(55) Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

(56) Texto disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a0335235-c5be-11ee-95d9-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF (última visita: 15/5/2025).

(57) Alaggia, R., Collin-Vézina, D. y Lateef, R.: «Facilitators and Barriers to Child Sexual Abuse (CSA) Disclosures: A Research Update (2000–2016)», *op. cit.*,

crítica del estado actual de la investigación sobre la revelación del abuso sexual infantil (ASI). Sin embargo, resulta especialmente llamativo que se atribuya capacidad para fundamentar una reforma legislativa de tal magnitud a un estudio que, lejos de proporcionar certezas empíricas sobre las edades en que se producen las revelaciones, pone de manifiesto las importantes limitaciones del conocimiento actualmente disponible (58). El trabajo subraya, entre otros aspectos, la falta de una perspectiva del ciclo vital, la escasa atención a etapas clave como la edad adulta emergente (18-24 años) o la vejez, y la preeminencia de estudios retrospectivos centrados en experiencias negativas y revelaciones tardías. En suma, el estudio concluye que, pese a los avances, la investigación sobre la revelación del ASI sigue siendo parcial, y reclama un análisis más amplio, y de carácter longitudinal al respecto.

También se reconoce en este trabajo que incluso la delimitación temporal para calificar una revelación de tardía varía significativamente entre los estudios realizados hasta la fecha. Mientras algunos establecen que un retraso de una semana o un mes ya permite considerarla tardía, otros señalan promedios de demora mucho más prolongados, que oscilan entre los 20 y los 46 años (59). Pero si esas son las cifras, llama la atención que los *mínimos l*egales para la suspensión de la prescripción hayan sido fijados precisamente en esos umbrales tan elevados de 38, 43 o 48 años. Además, sorprende que estos umbrales se escalonen en función de la gravedad del delito, cuando dicha gravedad ya es tenida en cuenta en los plazos ordinarios de prescripción, a

---

pp.260-283,disponibleenhttps://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1524838017697312 (última visita: 15/5/2025).

(58) De hecho, las variables son tantas que se ha llegado a proponer por parte de Pereda Beltrán y Gómez Martín que la prescripción del delito se suspenda hasta que la víctima logre superar el bloqueo psicológico o romper el vínculo material, emocional o económico con el agresor que le impide formular la denuncia, sin fijar un plazo concreto (véase Pereda Beltrán, N. y Gómez Martín, V.: «La prescripción de delitos sexuales con niños víctimas: un análisis multidisciplinar», en Repositorio del Departamento de Justicia y Calidad Democrática, Centro de Estudios jurídicos y Formación especializada, Barcelona, 2018, pp. 53 y 54, disponible en: https://repositori.justicia.gencat.cat/bitstream/handle/20.500.14226/329/delictes-Sexuals_ES.pdf?sequence=5&isAllowed=y (última visita: 21/5/2025). Semejante propuesta, loable en sus intenciones, choca frontalmente con las exigencias mínimas de la seguridad jurídica. Sobre ello ha llamado la atención, por ejemplo, García Álvarez, P.: «La repercusión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), en la protección reforzada de los menores de edad en el Código Penal», en *RGDP*, n.º 37, 2022, nota 63.

(59) Alaggia, R., Collin-Vézina, D. y Lateef, R.: «Facilitators and Barriers to Child Sexual Abuse (CSA) Disclosures: A Research Update (2000–2016)», *op. cit*., p. 276 (última visita: 15/5/2025), citándose los estudios de Easton en 2013, Jonzon y Linblad en 2004 y de SMITH *et al*. en 2000.

pesar de que no parece guardar relación con la edad a la que se revela la agresión, tal y como hemos señalado. Solo tendría sentido vincular la duración de la suspensión a la gravedad si existieran datos empíricos que acreditaran una correlación entre el tipo de delito y el momento de la revelación, lo cual no ha sido demostrado. En consecuencia, si lo que se pretende es combatir el fenómeno de la detección tardía, la duración de la suspensión debería fijarse atendiendo exclusivamente a este fenómeno, con independencia de la gravedad del delito.

En cualquier caso, conviene recordar que si esta propuesta ya puede considerarse especialmente amplia en su alcance, en mayo de 2025 el Parlamento Europeo ha adoptado una posición aún más ambiciosa en el marco del proceso legislativo relativo a la nueva Directiva sobre prevención y lucha contra el abuso sexual infantil. En un informe elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior (LIBE), el Parlamento propone suprimir por completo cualquier límite temporal, tanto para la reclamación de indemnizaciones por parte de las víctimas como para la persecución penal de los delitos sexuales contra menores (60).

En definitiva, cabe destacar que también en el contexto europeo se están impulsando propuestas legislativas que consolidan una tendencia orientada a ampliar aún más los plazos prescripción en los delitos contra menores e, incluso, a que surjan propuestas a favor de suprimir su prescripción, expresión de una escalada *antiprescripción* que cobra fuerza en Europa y que pone de manifiesto la crisis contemporánea del principio de prescriptibilidad en el Derecho penal.

Todo este panorama legislativo, tanto nacional como europeo, pone de relieve la necesidad de revisar el fundamento teórico de la prescripción penal, cuestión a la que se dedica la segunda parte de este trabajo.

PARTE II. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

La discusión sobre la conveniencia de suspender el cómputo de la prescripción o, incluso, de declarar la imprescriptibilidad de ciertos delitos no es meramente técnica. En realidad, se adentra en un debate mucho más profundo que gira en torno al fundamento mismo de la institución de la prescripción penal. Para comprender la dirección que están tomando las recientes propuestas legislativas, especialmente en el contexto europeo, y ante la escalada *antiprescripción* que observamos

(60) Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/committees/en/statute-of-limitations-in-the-eu-for-cri/product-details/20250214EOT08663 (última visita: 17/5/2025).

en delitos sexuales contra menores, resulta imprescindible abordar las razones de ser de este principio. Por ello, este apartado se dedicará a desentrañar los pilares que sustentan la prescripción, pero también, y de forma inicial, a examinar la justificación de su antítesis: la imprescriptibilidad. Solo así podremos aprehender en su complejidad la crisis contemporánea que afecta al principio de prescriptibilidad en el Derecho penal y valorar la solidez de las soluciones planteadas.

VII. COMENZANDO POR EL FINAL: SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

Tan antigua como la institución de la prescripción, cuyo origen se remonta a la Grecia clásica, es la imprescriptibilidad (61). A lo largo de la historia, ambas ideas han coexistido y evolucionado, adaptándose a las cambiantes concepciones del Estado y a su relación con los individuos.

Aunque la prescripción no constituye una invención del Derecho penal moderno, la prescriptibilidad de los delitos y de las penas ha sido adoptada en los ordenamientos jurídicos continentales como un sello distintivo de garantismo y liberalidad (62) propio del Estado de Derecho. No en vano, la ciencia jurídica (63) considera una cuestión pacífica que los delitos y las penas deben prescribir (64), y no existe

(61) Precisamente la existencia de la prescripción en la antigua Grecia se conoce a través de dos discursos de Lisias (el VIII y el XIII) en los que se hace referencia a la imprescriptibilidad. Véase al respecto Parra Núñez, F.: «Una breve historia sobre la (im)prescriptibilidad penal», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, n.º 44, pp. 850 y 851.

(62) Pastor, D. R.: «La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo», *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, 2010, p. 645.

(63) A diferencia de lo que ocurre en el ámbito jurídico, entre los legos en Derecho la prescripción suele suscitar un rechazo frontal. La prescripción de los delitos y las penas se ha convertido, a ojos de gran parte de la ciudadanía, en un emblema de la impunidad. Lejos de ser entendida como una garantía jurídica, suele interpretarse como un privilegio encubierto que beneficia a quienes pueden permitirse alargar los procesos hasta el olvido. Cada vez que un caso prescrito acapara la atención mediática, se reactiva la percepción de que el Derecho penal no sirve para proteger a las víctimas, sino para blindar a los poderosos frente a la acción de la justicia. Véase al respecto Ragués i Vallès, R.: *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 15.

(64) Sobre las posiciones contrarias a la prescripción defendidas, desde las escuelas absolutas de la retribución y del castigo expiatorio hasta la legislación penal del nacionalsocialismo, Véase Morillas Cueva, L.: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Gra-

un sistema penal moderno que no contemple esta institución. En esta línea, nuestro Tribunal Constitucional ha llegado incluso a afirmar que «sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico-penal que consagrase la imprescriptibilidad absoluta de los delitos» (65).

Pese a esta asunción generalizada de la prescriptibilidad como regla –concebida, según decimos, como una expresión inherente al Estado de Derecho–, la posibilidad de admitir excepciones comenzó a gestarse tras los horrores vividos durante la primera mitad del siglo XX. En este contexto histórico, la imprescriptibilidad surgió como una respuesta destinada a asegurar que los atroces crímenes del nacionalsocialismo no quedaran impunes con el paso del tiempo.

Como es sabido, al acercarse el 8 de mayo de 1965 –fecha en la que se cumplían 20 años desde la capitulación del régimen nazi–, los plazos de prescripción de los asesinatos cometidos durante ese periodo estaban a punto de cumplirse (66). Se generó entonces un intenso debate (67) sobre la necesidad de evitar que los responsables de esos crímenes de guerra eludieran la acción de la justicia.

Ante esta situación, el legislador alemán optó primero por modificar los plazos de prescripción, justificándose la aplicación retroactiva de esas modificaciones *contra reo* en un entendimiento procesal de la prescripción de cuya fundamentación se encargaría la Escuela de Hamburgo (68).

---

nada, 1980, pp. 19 y ss. y PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las penas. Doctrina y jurisprudencia*, *op. cit*., pp. 72 y ss.

(65) STC 157/1990, de 18 de octubre.

(66) Se había acordado que la prescripción de los delitos cometidos durante el nacionalsocialismo se suspendiera del 30 de enero de 1933 hasta el 8 de mayo de 1945 en la zona de ocupación francesa y británica, y del 30 de mayo de 1933 al 1 de julio de 1945 en la zona de ocupación americana. Aunque existía otra opción, defendida por ADENAUER, que mantenía que era el 1 de enero de 1950 cuando debía empezar a correr la prescripción, pues fue entonces cuando se inició el normal funcionamiento de los tribunales alemanes. Véase al respecto GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo», *ADPCP*, 18 (1), p. 217.

(67) El punto culminante de la controversia se produjo el 10 de marzo de 1965, cuando el Parlamento alemán debatió públicamente si el plazo de prescripción debía ampliarse o suprimirse por completo para los crímenes cometidos durante el régimen nazi. También se abordó la vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal, que hasta entonces había sido pilar del Estado de Derecho alemán. Pueden verse las intervenciones de unos y otros en https://www.bundestag.de/dokumenten/texarchiv/24031343_debatten04-199958 (última visita: 2/5/2025).

(68) Según esta interpretación (*vid*. 8.1.), la exigencia de *lex praevia* derivada del principio de legalidad no impedía la modificación de los plazos de prescripción mientras estos no hubiesen expirado. Se argumentó que la prescripción de la acción

Así, en primer lugar, por Ley de 23 de mayo de 1965, se prorrogaría por cinco años el plazo de prescripción para el delito de asesinato, lo que permitió extender la posibilidad de persecución penal hasta el año 1970.

Posteriormente, por Ley del 26 de junio de 1969, se amplió nuevamente el plazo de prescripción, elevándose de 20 a 30 años, lo que garantizaba la posibilidad de su persecución y enjuiciamiento hasta 1980.

A pesar de las sucesivas prolongaciones de los plazos de prescripción, todavía en 1979 numerosos delitos vinculados al régimen nacionalsocialista permanecían pendientes de enjuiciamiento. Ello se debía, entre otras razones, a que muchos de sus autores continuaban ocultos en diversas partes del mundo, lo que dificultaba su localización y detención. En este contexto, y ante la necesidad de poner fin a la impunidad, ese año el *Bundestag* decidió actuar de manera definitiva: por 255 votos a favor y 222 en contra, aprobó la no aplicación de la prescripción para los delitos de asesinato, convirtiendo así en imprescriptibles los asesinatos cometidos durante el nazismo.

El horror del Holocausto, unido a las dificultades para procesar a los responsables –derivadas tanto de la dispersión de pruebas como de la demora en la identificación de los culpables–, consolidó la convicción de que determinados delitos, por su extrema gravedad y por el daño que infligen a la humanidad en su conjunto, no podían quedar sometidos a límites temporales. Por ello, se propició una reflexión más amplia sobre la idoneidad de la prescripción en casos de crímenes contra la humanidad.

En consecuencia, y dado que la cuestión de fondo trascendía el caso alemán, el principio de imprescriptibilidad se formalizaría en el ámbito del Derecho penal internacional a partir de los juicios de Núremberg, en los cuales se estableció por primera vez la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad. Aunque los Principios de Núremberg no aludían expresamente a la imprescriptibilidad (69), sí sentaron las bases para su desarrollo posterior. En esta línea evolutiva, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1968, dio un paso decisivo al adoptar la Convención sobre la

---

penal no ofrecía una protección equivalente a la que deriva del conocimiento previo de la pena: el ciudadano sabía qué sanción podía imponérsele por la comisión de un delito, pero no tenía una expectativa jurídicamente tutelada respecto de la duración del plazo prescriptivo. El eventual incremento del riesgo de persecución penal, consecuencia de su ampliación, no se consideraba determinante, ya que el Derecho penal no proporcionaba certeza alguna sobre la probabilidad real de enjuiciamiento. En consecuencia, la confianza en una futura impunidad carecía de respaldo normativo, al basarse únicamente en circunstancias fácticas o en expectativas personales.

(69) Véase ampliamente Cerrada Moreno, M.: *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos*, J. M. Bosch edit., Barcelona, 2018, p. 352 y ss.

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en la que se proclamó de manera categórica que esos delitos no pueden quedar exentos de persecución, con independencia del tiempo transcurrido. Esta convención constituyó un hito normativo de enorme relevancia, al establecer un estándar jurídico internacional que, con el tiempo, fue incorporado a numerosos ordenamientos nacionales.

En la actualidad, la imprescriptibilidad de estos crímenes está reconocida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que asume la competencia para juzgar crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, sin límite temporal para su persecución. Semejante marco normativo ha reforzado el compromiso global con la lucha contra la impunidad y ha servido como herramienta fundamental para enjuiciar a responsables de graves violaciones de derechos humanos en distintos contextos históricos y geográficos.

Por lo que respecta a España, en la redacción inicial del Código Penal de 1995, todos los delitos podían prescribir, salvo el de genocidio, que de acuerdo con el artículo 131.4 CP, no prescribiría «en ningún caso».

A pesar de que nuestro país había ratificado y suscrito el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, habría que esperar a que las Cortes Generales lo aprobaran por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre; y no sería hasta la Ley Orgánica 15/2003, cuando se modificó el Código Penal con el objetivo de ajustarlo a las disposiciones del Estatuto de Roma. Esta reforma, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, incluyó en el marco legal español la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de aquellos cometidos contra personas y bienes en situaciones de conflicto armado, en concordancia con el artículo 29 del Estatuto de Roma.

Unos años después, por medio de la Ley Orgánica 5/2010, se declararía la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte (70), generando con ello una gran controversia. El legislador aludía a la falta de necesidad de pena como fundamento de la prescripción, y argumentaba, sin ningún tipo de explicación ulterior, que precisamente era la ausencia de esa fundamentación lo que justificaba la imprescriptibilidad de los homicidios y asesinatos derivados de los actos de terrorismo (71). Así, afirmaba que «el funda-

(70) Desde entonces, el artículo 131.3 CP establece: «Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona».

(71) Véase ampliamente Gómez Martín, V.: «Imprescriptibilidad y terrorismo. *Quo vademus?*», en *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 4, marzo 2013, pp. 12-33.

mento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado».

La imprescriptibilidad de determinados delitos (72), en especial aquellos que afectan de manera grave a los derechos humanos, ha recibido un notable respaldo doctrinal. Se argumenta que, además de su extraordinaria gravedad, estos crímenes suelen ser perpetrados por quienes ejercen el poder político, lo que dificulta su persecución inmediata. En consecuencia, la imprescriptibilidad se presenta como un instrumento indispensable para garantizar que la acción penal no se vea frustrada por el paso del tiempo, pues tras la comisión de este tipo de delitos, suele ser necesario reconstruir el sistema judicial casi por completo, resultando del mismo modo frecuente que la generación de los autores carezca de la capacidad o de la voluntad de juzgarlos (73).

Sin embargo, más allá de su relativa eficacia práctica, a la imprescriptibilidad se le atribuye un profundo valor simbólico, en cuanto que es concebida como una respuesta jurídica destinada a preservar la memoria de los crímenes y a reivindicar la dignidad de las víctimas. No importa que la pena no llegue a ejecutarse. Basta con la reparación emocional que obtienen las víctimas con la condena en ciertos delitos que, por su atrocidad, no llegan a integrarse plenamente en el pasado histórico, sino que permanecen como heridas abiertas que reclaman un reconocimiento permanente (74).

A pesar de la indiscutible gravedad de los delitos comprendidos en su ámbito, la imprescriptibilidad no está, sin embargo, exenta de importantes objeciones.

La idea de que la extrema gravedad de ciertos hechos justifica su imprescriptibilidad, como pone de manifiesto Pastor (75), no resiste un análisis riguroso. En primer lugar, si la gravedad fuera el único criterio determinante, debería reconocerse la imprescriptibilidad de todos los delitos especialmente graves, con independencia de que vulneren el Derecho nacional o el internacional, lo cual no sucede. En segundo lugar, si la gravedad se valorase atendiendo a la sanción prevista conforme a los

---

(72) Sobre esta cuestión, Véase Cerrada Moreno, M.: *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos*, *op. cit*., pp. 441 y ss.

(73) Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 603.

(74) Véanse las referencias contenidas en Gómez Martín, V.: «Imprescriptibilidad y terrorismo. *Quo vademus?*», *op. cit*., p. 22.

(75) Todo esto en Pastor, D. R.: «La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo», *op. cit.*, pp. 646 y 647.

parámetros propios del Derecho penal, se observa que la magnitud de las penas no difiere sustancialmente entre los delitos comunes sujetos a prescripción y los crímenes internacionales declarados imprescriptibles. Incluso puede advertirse que algunos delitos contra el Derecho internacional, pese a su menor entidad, se consideran imprescriptibles, mientras que conductas más graves cometidas contra el orden jurídico interno sí están sometidas a prescripción. Y, en tercer lugar, conforme a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, la mayor gravedad de un hecho debería reflejarse en la intensidad de la sanción, no en la eliminación de los límites temporales para su persecución. Todo ello pone de manifiesto que la gravedad del delito, por sí sola, no constituye un fundamento suficiente para justificar la imprescriptibilidad penal.

Por otro lado, aunque es innegable la dificultad de perseguir los delitos de genocidio y de lesa humanidad, tal circunstancia tampoco justifica por sí sola su imprescriptibilidad. En efecto, el establecimiento de causas de suspensión de la prescripción podría alcanzar un resultado equivalente, sin necesidad de eliminar el límite temporal de la acción penal. Ciertamente, el hecho de que la imprescriptibilidad permita enjuiciar delitos aun cuando la ejecución de la pena resulte improbable podría interpretarse como una ventaja frente a la mera suspensión del plazo. Esta consideración ha llevado a sostener que la imprescriptibilidad cumple, en realidad, una función simbólica, orientada a compensar la ausencia de mecanismos coercitivos eficaces. Y al respecto conviene recordar que quienes defienden la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos no parecen guiados tanto por la eficacia punitiva del sistema, cuanto por la necesidad de una reafirmación jurídica de la dignidad de la víctima como ser humano. Desde esta perspectiva, se ha llegado incluso a afirmar que una declaración formal de culpabilidad, aun sin la imposición efectiva de una pena debido a la prescripción, podría bastar para contribuir al restablecimiento de la situación de la víctima (76).

Sin embargo, una visión semejante no puede ser plenamente compartida, pues reduciría la imprescriptibilidad a una sanción de carácter moral, a una simple afirmación jurídica de los principios que rigen la comunidad internacional. No parece admisible, por tanto, que la repa-

(76) Véase Silva Sánchez, J. M.: «*¿Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"», en García-Pablos de Molina (Ed.) *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Comares, Granada, 2009, p. 156. Esta solución es propuesta por Cerrada Moreno, M.: «La naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos», *op. cit*., pp. 320 y ss.

ración simbólica constituya –ni deba constituir– uno de los fines propios del Derecho penal.

Con independencia de las consideraciones expuestas en torno a la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, lo cierto es que la introducción de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte en el Código Penal resultaría aún más cuestionable. En efecto, tales conductas, por graves que sean, no tienen la misma entidad que los crímenes internacionales mencionados. Su calificación como delitos de lesa humanidad en el marco del Estatuto de Roma se consideró jurídicamente posible en términos estrictamente literales, pero político-criminalmente indeseable (77). Por esta razón, se denunció (78) que, mediante la extensión de la imprescriptibilidad, la atribución de competencia exclusiva al Tribunal Penal Internacional y la prohibición de amnistiar tales delitos, los denominados críticamente «gestores atípicos de la moral» (79) pretendan conferir a los delitos de terrorismo un tratamiento excepcional, integrándolos en la lógica del denominado «Derecho penal del enemigo». Además, mientras la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra encuentra fundamento en su frecuente comisión por estructuras estatales, esta justificación no resulta trasladable al fenómeno del terrorismo, caracterizado, por el contrario, por la actuación de grupos u organizaciones no estatales que buscan subvertir el orden jurídico desde fuera del poder.

Conviene señalar que la doctrina (80) ya advirtió en su momento sobre el peligro argumentativo que implicaba introducir esta excepción. Se auguraba, con acierto, que su admisión podría abrir la puerta a ulteriores reclamaciones de imprescriptibilidad respecto de otros tipos delictivos, tales como los delitos de corrupción o los delitos sexuales. El tiempo ha confirmado aquella advertencia y ahora somos testigos de la materialización de dicha predicción: estos *lodos* de la actual propuesta normativa no son sino consecuencia directa de aquellos *polvos* generados con la decisión de admitir la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte.

---

(77) Gómez Martín V.: «Imprescriptibilidad y terrorismo. *Quo vademus?*», *op. cit*., p. 26

(78) Véase Pastor, D. R.: «La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo», *op. cit*., p. 651.

(79) Silva Sánchez, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, pp. 64 ss.

(80) Por todos, Gómez Martín V.: «Imprescriptibilidad y terrorismo. Quo vademus?», *op. cit*., p. 29.

En este sentido, el rechazo de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos sobre menores se desprende con relativa facilidad del propio marco conceptual de la institución. Los argumentos que pretenden sustentar la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra no resultan trasladables a los delitos sexuales. Estos últimos, por graves y reprochables que sean, no generan una herida colectiva permanente que deba ser preservada en la memoria social, ni se cometen desde el ejercicio del poder público. Por ello, extender a tales delitos un régimen de imprescriptibilidad desnaturalizaría la lógica excepcional que caracteriza a esta figura en el Derecho penal internacional.

La propuesta de imprescriptibilidad en los delitos sexuales con víctimas menores ha pretendido fundamentarse en la gravedad de las conductas y, además, y principalmente, en la necesidad de garantizar que la víctima pueda ejercitar la acción penal en un momento en el que se encuentre en condiciones de hacerlo.

Ahora bien, aunque la gravedad de los delitos sexuales resulta indiscutible, dicha gravedad ha de tener reflejo solamente en la pena y no en en el régimen de (im)prescripción. La afirmación de que la «no necesidad de la pena» resulta insostenible aquí, requiere, como en el caso del terrorismo, una mayor fundamentación. En este punto suscribimos la afirmación de Quintero Olivares de que la defensa de esta imprescriptibilidad «en realidad obedece al deseo inconfeso de aumentar la gravedad del castigo añadiéndole, en lugar de un incremento de pena, la condición adicional de que perseguirá a su autor mientras viva» (81).

Por otra parte, resulta incuestionable la complejidad que entraña la persecución de los delitos sexuales cometidos contra menores, dificultad explicable, tanto por sus peculiaridades victimológicas, como por el hecho de que, al tratarse de delitos perpetrados en el ámbito de la intimidad, la única fuente posible de la *notitia criminis* suele ser la propia víctima.

No obstante, esta circunstancia permite abogar por el establecimiento de una causa de suspensión, como viene haciéndose, pero no justifica la adopción de una medida desproporcionada (82), innecesaria y de marcado sesgo populista, que busca, en definitiva, sustraer al autor de las garantías del Estado de Derecho. Por ello, puede afir-

(81) Quintero Olivares, G.: «La posibilidad de prescribir como regla», en *Almacén de Derecho*, 31 de octubre de 2023, disponible en: https://almacendederecho.org/la-posibilidad-de-prescribir-como-regla (última visita: 10/5/2025).

(82) En este sentido se manifiesta Gómez Martín, al afirmar que «La aplicación de esta doctrina de la jurisprudencia constitucional a los delitos con víctimas menores conduce a una conclusión inequívoca: la consideración de tales infracciones como imprescriptibles resultaría claramente desproporcionada». Véase Gómez Martín, V.: «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más?», *op. cit*., p. 26.

marse que, al igual que en el caso de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores constituye una manifestación paradigmática de lo que se ha venido denominando «Derecho penal del enemigo».

Cuestión distinta sería la de entender que la imprescriptibilidad deriva del agotamiento o pérdida de fundamento de la institución de la prescripción, como ha ocurrido en Suecia y en los Países Bajos, donde la crisis de la teoría de las dificultades probatorias y de la teoría de la *poena naturalis*, respectivamente, han conducido a la eliminación del límite temporal para determinados delitos.

En caso de defenderse que la prescripción ha perdido su justificación en el contexto actual, podría considerarse coherente su supresión. No obstante, semejante afirmación conduciría a la imprescriptibilidad, no solo de los delitos sexuales sobre menores, sino de todos los delitos. El hecho de que la imprescriptibilidad basada en ese argumento se predique solo de delitos seleccionados, demuestra que en realidad estamos ante una respuesta simbólica frente a delitos que interpelan de manera directa a la conciencia colectiva y cuya desatención podría percibirse como una forma de claudicación ante exigencias de justicia material. En todo caso, como decimos, la validez de esta argumentación presupone que la institución de la prescripción ha perdido su justificación en el sistema penal contemporáneo, una premisa que, a nuestro entender, resulta insostenible. El análisis de esta cuestión constituye el objeto del siguiente apartado.

VIII. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN

1. **La vinculación del fundamento con la naturaleza jurídica**

La naturaleza jurídica de la prescripción ha sido objeto de un intenso debate doctrinal. La discusión ha girado en torno a si la prescripción posee una naturaleza penal o sustantiva, actuando sobre la pretensión punitiva, o si, por el contrario, tiene una naturaleza procesal, configurándose como un impedimento para el ejercicio de la

acción persecutoria (83). No han faltado, además, posiciones mixtas, que reconocen elementos de ambas concepciones (84).

En ocasiones se ha intentado vincular la naturaleza de la prescripción a cuestiones meramente formales o externas, como el cuerpo normativo en que se halla regulada o la terminología empleada por el legislador empleada en su regulación. Sin embargo, dicha vinculación debe ser rechazada. La naturaleza jurídica de la prescripción no depende de su ubicación sistemática ni de su formulación legislativa, sino de su fundamentación. De este modo, si se sostiene que su fundamento es penal, la prescripción se configura como una institución de carácter sustantivo o material; por el contrario, si se entiende que su fundamento es procesal, ha de considerarse una figura de naturaleza formal o procedimental.

A grandes rasgos, puede afirmarse que se trataría de una cuestión de Derecho material si se argumentara que la razón de ser de la prescripción reside en la desaparición, por obra del paso del tiempo, de la necesidad de la pena. Por ello, quienes asocian la prescripción con la incapacidad de la pena para cumplir con sus fines en tales casos, la consideran una institución sustantiva.

En cambio, se trataría de una cuestión de Derecho procesal si se entendiera la prescripción simplemente como un impedimento para la persecución del delito, establecido por el legislador de acuerdo con criterios ajenos a la necesidad de castigo del comportamiento. Tal sería el caso, por ejemplo, si se considerara que con el transcurso del tiempo las dificultades probatorias se convierten en excesivas.

El debate en torno a la naturaleza jurídica de la prescripción encontraba su razón de ser en la convicción de que de ella se derivaban consecuencias prácticas de notable relevancia, especialmente en lo relativo a la forma y al momento de su apreciación, así como a la posibilidad de aplicar retroactivamente las modificaciones legislativas desfavorables al reo, en particular el aumento de los plazos de prescripción.

Así, por un lado, se ha entendido que solo si se consideraba que su naturaleza era sustantiva, debía apreciarse de oficio en cualquier momento del procedimiento (85), y que la necesidad de su alegación a

---

(83) Sobre los problemas de delimitar el Derecho penal y el Derecho procesal y las distintas teorías mantenidas al respecto, véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia, op. cit*., pp. 99 y ss.

(84) Véase al respecto GILI PASCUAL, A.: *La prescripción en el Derecho penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 36 y 37.

(85) Puede verse una exposición sobre la apreciación de oficio en la jurisprudencia en GÓMEZ MARTÍN, V.: *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco*

instancia de parte vendría dada por su caracterización como impedimento procesal. Además, existiendo dudas acerca de la prescripción, en caso de considerarse una institución material, regiría el principio *in dubio pro reo*, que se aplica tanto a los hechos constitutivos del delito, como a las causas excluyentes de la responsabilidad penal.

Por otro lado, también se ha defendido que su naturaleza condicionaba la posibilidad de una aplicación retroactiva de un aumento de plazo en la prescripción. De este modo, la defensa de su carácter material implicaría su sometimiento a los principios de irretroactividad desfavorable y a la prohibición de interpretaciones extensivas, mientras que una concepción procesal de su naturaleza permitiría una aplicación retroactiva de una ampliación del plazo de prescripción en virtud del principio procesal *tempus regit actum.*

Ciertamente, las consecuencias derivadas de la naturaleza de la prescripción se entienden superadas hoy en día por un sector de la doctrina penal (86), lo que ha favorecido también el apaciguamiento del debate. Así, respecto de la naturaleza de la prescripción sostiene Pedreira González que «constituye una cuestión extraordinariamente sobrevalorada y, desde luego, carente de las repercusiones que generalmente se le asignan» (87).

De este modo, por un lado, se reconoce ampliamente que la prescripción, como cuestión de interés público, debe ser apreciada de oficio en cualquier momento del procedimiento. Semejante reconocimiento se efectúa incluso por quienes, como Banacloche Palao, defienden la naturaleza procesal de la prescripción (88) y es también aceptado por la jurisprudencia sin fisuras (89).

---

cuestiones aplicativas, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 5 y ss.

(86) Por ejemplo, Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia, op. cit*., pp. 157 y ss.; Gómez Martín, V.: *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas, op. cit.*, p. 11; Gili Pascual, A.: *La prescripción en el Derecho penal*, *op. cit.,* pp. 20 y ss.

(87) Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia, op. cit*., p. 82.

(88) Afirma Banacloche Palao que «puede ser apreciada de oficio en cualquier momento del proceso, y ello por mor del interés público tutelado en el proceso penal y las peculiaridades que la acción tiene en dicho proceso». Véase Banacloche Palao, J.: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», en *Revista de Derecho Procesal*, Edersa, Madrid, 1997-2, p. 312.

(89) Por todas, la STS 399/2015, de 30 de noviembre, donde se afirma (F. J.3.º) que «la prescripción presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, añadiendo que por responder a principios de orden público y de interés general puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la

En cuanto a la posibilidad de aplicar retroactivamente un plazo de prescripción ampliado, la doctrina mayoritaria sostiene que dicha aplicación está prohibida, con independencia de la naturaleza jurídica –sustantiva o procesal– que se atribuya a la prescripción. La razón estriba en que la prohibición de retroactividad desfavorable recogida en el artículo 9.3 de la Constitución Española no se limita a las normas penales en sentido estricto, sino que se extiende, con carácter general, a todas las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (90). La cuestión clave, por tanto, reside en si la regulación de la prescripción se encuentra comprendida dentro de ese ámbito de protección, a lo que ha de contestarse afirmativamente.

Una interpretación distinta se adoptó en Alemania con respecto a esta misma cuestión. En el marco del trauma histórico causado por los delitos cometidos bajo el régimen nazi, parte de la doctrina alemana sostuvo que la ampliación del plazo de prescripción y su aplicación a hechos ya cometidos –siempre que no hubieran prescrito– no vulneraba el artículo §103, II de su Constitución (GG). Según esta interpretación, la exigencia de *lex praevia* derivada del principio de legalidad no prohibía que se modificaran los plazos de prescripción mientras estos no hubieran expirado.

Se argumentó, en esta línea, que la prescripción de la acción penal no ofrece una protección equiparable a la que deriva del conocimiento previo de la pena. El ciudadano sabe qué sanción puede imponerse si comete un delito, pero no tiene una expectativa jurídicamente protegida respecto al plazo de prescripción. El posible aumento del riesgo de ser procesado, derivado de un alargamiento del plazo, no sería determinante, ya que el Derecho penal no proporciona certezas sobre la probabilidad real de persecución. Por tanto, cualquier confianza en la impunidad futura se basaría solo en circunstancias fácticas o en expectativas personales, sin cobertura normativa (91).

---

definen y condicionan (…) siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir dentro del trámite del recurso casacional».

(90) En la jurisprudencia se declara de manera constante la interdicción de su aplicación retroactiva, salvo cuando es favorable (por todas, la SSTS 1064/2010, de 30 de noviembre; 1026/2009, de 16 de octubre; 719/2009, de 30 de junio; y 149/2009, de 24 de febrero), aunque suele argüirse su naturaleza sustantiva. Por ejemplo, la STS 101/2012, de 27 de febrero (F. J. 3.º) afirma que: «Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (artículo 9.3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable».

(91) Bauer, M.: *Grund und Grenzen der Verfolgungsverjährung im Sexualstrafrecht*, Springer, Berlín, 2025, p. 274.

También con el objetivo de permitir la aplicación retroactiva de la suspensión de la prescripción, intentó redefinirse su naturaleza jurídica, abandonando la concepción tradicional que la consideraba parte del Derecho penal sustantivo. Se argumentó que, si la prescripción se entendía como una institución de carácter procesal, sería posible aplicarla retroactivamente sin vulnerar el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esta interpretación fue acogida por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) en su sentencia de 1969 sobre los crímenes del régimen nazi (92). El tribunal concluyó que, dado el carácter procesal de la prescripción, §103 II GG no resultaba aplicable, y que, por tanto, era constitucionalmente admisible suspender retroactivamente la prescripción de delitos que aún no habían prescrito (93).

2. **Teorías tradicionales sobre el fundamento de la prescripción**

2.1 Teorías materiales

En las líneas que siguen expondremos las teorías principales que se han sostenido acerca del fundamento de la prescripción (94). Conviene recordar que todos estos planteamientos se incardinan en los fines preventivos de la pena, puesto que la retribución, abandonada ya, casa mal con la prescripción. Si la pena se concibe como un castigo ineludible por el delito cometido, toda limitación está de más, pues su aplicación no debería verse afectada por el tiempo transcurrido.

2.1.1 *Teoría del olvido social*

La teoría del olvido social sostiene que, con el transcurso del tiempo, el recuerdo del delito en la sociedad se debilita progresivamente hasta desaparecer, lo que haría innecesaria la imposición de una pena, puesto que esta dejaría de cumplir cualquier función preventiva.

(92) BVerfGE 25, 269.

(93) En el reciente estudio de Derecho comparado de Hochmayr, se concluye que las distintas posturas que se mantienen al respecto distinguen si el plazo de prescripción ya ha expirado o no. Si el plazo de prescripción está todavía en curso, los países suelen admitir o rechazar la aplicación retroactiva del aumento del plazo en virtud de si la prescripción tiene un carácter penal o procesal. Existe consenso en que una prórroga legal posterior de un plazo de prescripción ya expirado viola la prohibición de retroactividad. Véase Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., pp. 595 y 596.

(94) Siguiendo el orden expositivo de Pedreira González (*La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia, op. cit*., pp. 124 y ss.), que hemos preferido por su claridad.

En el marco de la prevención general, dicha tesis ha sido valorada como una explicación razonable de la prescripción penal, ya que, si la pena busca reafirmar el orden social y generar un efecto disuasorio, su aplicación perdería sentido cuando la sociedad ya ha dejado de percibir el delito como una amenaza vigente. Asimismo, esta teoría ha sido utilizada para justificar el carácter escalonado de los plazos de prescripción, en tanto que los delitos más graves –y, por tanto, más difíciles de olvidar– requieren un mayor tiempo para su extinción jurídica.

Sin embargo, la teoría del olvido social no está exenta de críticas. En primer lugar, si bien es cierto que la gravedad de un delito puede influir en su persistencia en la memoria colectiva, no es el único factor determinante. Existen hechos que han dejado una huella profunda en la conciencia social debido a sus circunstancias, a la notoriedad de sus protagonistas o a su amplio eco mediático, ya se trate de sucesos graves, como el asesinato de Kennedy, o de otros carentes de especial gravedad penal, como el reciente «caso Rubiales» (95).

En segundo lugar, conviene recordar que esta teoría contradice la finalidad esencial del Derecho penal, que es la protección de los bienes jurídicos. Como señala Pedreira González (96), aceptar el olvido social como fundamento legítimo de la prescripción conduciría a la inadmisible conclusión de que los delitos que se mantienen ocultos deben quedar impunes. Ello no solo desvirtuaría la finalidad del sistema penal, orientada a garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos, sino que además resultaría abiertamente contrario al espíritu de las recientes reformas en materia de prescripción que aquí se analizan, orientadas a combatir la impunidad derivada de la difícil detección y la tardía persecución de los delitos sexuales cometidos contra menores.

A estas consideraciones puede añadirse la influencia decisiva que ha tenido la revolución digital en el desarrollo de esta teoría. Como pone de manifiesto Hochmayr, «internet no olvida» (97).

(95) SAN 3/2025, de 20 de febrero de 2025.

(96) Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las penas, Doctrina y jurisprudencia*, p. 127.

(97) Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 581. No obstante, la afirmación debe ser matizada, pues incluso en el entorno digital se reconoce la obligación de olvidar. El propio autor alude a los «esfuerzos sisifianos» del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por hacer efectivo este derecho, reflejados en las sentencias de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12, Google Spain SL y Google Inc. c. AEPD y Mario Costeja González), que reconoció el derecho al olvido cuando la información ha perdido relevancia pública, y de 3 de octubre de 2019 (asunto C-18/18, Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited), que amplió las obligaciones de las plataformas digitales para eliminar contenidos ilícitos y sus réplicas. En

Acontecimientos que, antes de la era digital, tendían a ser relegados al olvido colectivo, permanecen ahora accesibles de forma permanente gracias a los motores de búsqueda, lo que altera profundamente nuestra relación con la memoria social y la temporalidad del delito.

En definitiva, si bien se ha reconocido a la teoría del olvido social el mérito de ofrecer una explicación sugerente y, en combinación con otros principios –como el de proporcionalidad, la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado o la pérdida de utilidad de la pena con el transcurso del tiempo– contribuye a una justificación más sólida y matizada de la prescripción penal, lo cierto es que su utilización como fundamento exclusivo resulta insuficiente.

2.1.2 *La teoría de la imposibilidad de realizar el fin de prevención general*

Desde la perspectiva de la prevención general, se ha sostenido (98) que la prescripción penal encuentra su fundamento en la imposibilidad de alcanzar los fines preventivo-generales una vez transcurrido un tiempo prolongado desde la comisión del hecho. Bajo esta óptica, se argumenta que la sanción penal pierde efectividad, tanto para disuadir de futuras conductas delictivas, como para reafirmar el orden normativo cuando la sociedad ya no percibe el delito como una amenaza inmediata.

Con el paso del tiempo, los delitos tienden a adquirir una dimensión histórica, y su castigo deja de contribuir a los objetivos esenciales del Derecho penal. La sociedad se desvincula emocional y cognitivamente del hecho delictivo, considerándolo parte del pasado. Este fenómeno se manifestaría con mayor lentitud en los delitos de especial gravedad, pero acabaría produciéndose también en ellos, diluyendo la conexión entre la infracción y la necesidad de sanción.

Desde la perspectiva de la prevención general negativa, se sostiene que la pena impuesta tardíamente pierde su eficacia intimidatoria, pues el transcurso del tiempo debilita el vínculo psicológico entre el delito y su consecuencia jurídica. Y de forma análoga, en el ámbito de la prevención general positiva, se argumenta que la desconexión tem-

---

España, la SAN 2301/202, de 6 de febrero de 2024, y la STC 105/2022, de 13 de septiembre, han delimitado los límites entre el derecho al olvido y la libertad de expresión, atendiendo al interés público de la información.

(98) Por todos, Gili Pascual, A.: *La prescripción en el Derecho penal*, *op. cit*., pp. 77 y ss. También a la justificación en la ausencia de una función preventivo general de la pena llega González Tapia, parece que por exclusión de todas las demás fundamentaciones. Véase González Tapia, M. I.: *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 156.

poral entre la infracción y la sanción reduciría la capacidad del castigo para reafirmar la vigencia de la norma y para fortalecer la confianza social en el respeto al ordenamiento jurídico.

No obstante, esta argumentación no puede convencer. En efecto, si bien el paso del tiempo puede atenuar parcialmente la función preventiva de la pena, ello no significa que la sanción pierda toda capacidad de cumplir sus fines. Como ya señaló el Tribunal Supremo alemán, «una pena diferida es, en cualquier caso, más disuasoria que la exención de la pena mediante la prescripción» (99). Es más, castigar un delito incluso después de muchos años puede reforzar la percepción social de que la justicia, aunque lenta, sigue siendo ineludible, incrementando así la eficacia de la pena desde la óptica de la prevención general negativa.

Tampoco convence argumento basado en la prevención general positiva, pues la reafirmación del orden jurídico no depende de la inmediatez temporal del castigo, sino de la certeza de que la infracción no quedará impune. En muchos casos, la reacción penal diferida contribuye aún más a la vigencia de la norma, al demostrar que el sistema jurídico no renuncia a sancionar el delito, por remoto que sea en el tiempo. De este modo, la demora en la respuesta penal no necesariamente erosiona la confianza social en el Derecho, sino que puede incluso fortalecerla.

2.1.3 *Teoría de la presunta enmienda del delincuente*

Esta teoría sostiene que si un individuo no reincide en la comisión de delitos durante el período de prescripción, puede inferirse que se ha logrado su reinserción social. En tal caso, la rehabilitación del infractor se habría producido sin necesidad de una intervención punitiva del Estado.

Desde una perspectiva sociológica, se argumenta que el transcurso del tiempo, al permitir la adaptación del individuo a un entorno libre de criminalidad, favorecería un cambio de conducta. La ausencia de reincidencia se interpretaría así como un signo de la integración efectiva del sujeto en la comunidad.

No obstante, esta teoría ha sido cuestionada, ya que no existen evidencias empíricas sólidas que respalden la idea de que el tiempo, por sí mismo, conduzca a la resocialización del infractor. Se ha sostenido que, en muchos casos, el delincuente puede simplemente no haber sido descubierto. Incluso aceptándose que hubiera dejado de delinquir, se argumenta que la falta de comisión de nuevos delitos puede deberse a razones circunstanciales, como el temor a ser descubierto o la falta de oportunidad de delinquir, y no a una transformación real del delincuente

(99) BVerfGE 25, 269, 294.

En todo caso, una fundamentación como esta adquiere sentido en aquellos sistemas jurídicos, como el italiano y el austriaco (100), en los que el plazo de prescripción se interrumpe con la comisión de un nuevo delito, lo que implica considerar la reincidencia como manifestación de la persistencia en la conducta delictiva. Este modelo responde con mayor coherencia a la idea de la enmienda presunta, en la medida en que solo quienes no reinciden pueden beneficiarse de la extinción de la responsabilidad penal. En cambio, en otros ordenamientos, como el español, la prescripción opera de forma automática y objetiva, sin atender a si el delincuente ha logrado su corrección o sigue representando un riesgo para la sociedad. Para valorar circunstancias concretas relacionadas con la enmienda parcial del sujeto o con la eventual pérdida de sentido resocializador de la pena, el legislador ha previsto la figura del indulto, conforme al artículo 4.4 del Código Penal.

En definitiva, este planteamiento (101) no ha sido incorporado formalmente en la regulación legal de la institución de la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.4 *Teoría de la imposibilidad de realizar el fin de prevención especial*

La prevención especial tiene como finalidad evitar la reincidencia delictiva mediante tres mecanismos: la intimidación de los delincuentes ocasionales, la neutralización de los individuos irreformables, y la resocialización de quienes puedan reinsertarse en la sociedad.

Según la teoría que fundamenta la prescripción en la imposibilidad de alcanzar dicho fin, cuanto mayor sea el lapso entre la comisión del delito y la ejecución de la pena, menor será el impacto preventivo de esta última. Además, dado que tanto la sanción penal como el tratamiento penitenciario están concebidos para una aplicación inmediata, una condena tardía podría perjudicar gravemente el proceso de reinserción, en contradicción con el mandato resocializador del artículo 25 de la Constitución Española.

No obstante, esta tesis resulta poco convincente. Desde el último tercio del siglo XX, se ha constatado una profunda crisis de legitimi-

(100) La prescripción basada en la prevención especial goza de gran tradición en Austria. Ya en 1803, el § 208 d) öStGB establecía como requisito para la aplicación de la prescripción que el autor no hubiera cometido otro delito durante el período de prescripción. *Véase* HOCHMAYR, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 583, nota 25.

(101) Defendido en el terreno doctrinal por la corriente denominada «correccionalista» a la que se adscribían, por ejemplo, DORADO MONTERO, JIMÉNEZ DE ASÚA y BERNALDO DE QUIRÓS. Véase BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal, Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 75.

dad de la pena privativa de libertad. La doctrina penal, casi de forma unánime, ha puesto de relieve que esta sanción no cumple con eficacia su función resocializadora. Muy al contrario, su efecto estigmatizador y el aislamiento que produce tienden a agravar la exclusión social de la persona condenada, aumentando el riesgo de marginación. En este contexto, se ha consolidado la idea del «fracaso histórico de la pena privativa de libertad» (102), siendo la Constitución –de forma prácticamente aislada– el único marco normativo que continúa atribuyéndole esa finalidad.

A ello se suman diversos argumentos desarrollados con claridad por Pedreira González (103). En primer lugar, asumir que el paso del tiempo disminuye automáticamente la eficacia de la pena constituye una generalización infundada. No existe una correlación directa entre la antigüedad del delito y la capacidad de la pena para cumplir una función resocializadora: algunas personas pueden rehabilitarse incluso con una sanción impuesta años después de los hechos, mientras que, en otros casos, una pena inmediata no garantiza dicho resultado.

Además, en el sistema penal español, la prescripción no está supeditada a la utilidad de la pena desde la perspectiva de la prevención especial. De hecho, un delito puede prescribir aun cuando no exista evidencia de que el autor se haya rehabilitado.

Por último, el artículo 25.2 CE, si bien proclama que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la reeducación y reinserción social, no condiciona su imposición a la certeza de que ese objetivo pueda alcanzarse. La norma constitucional impone una finalidad, pero no excluye la aplicación de la pena cuando dicha finalidad resulte improbable o incluso ilusoria.

2.1.5 *La teoría del cambio de identidad del delincuente*

De acuerdo con una tesis doctrinal que surge en el s. XIX (104), el transcurso del tiempo provoca un cambio en la identidad del delin-

(102) Y de ahí que la crítica a la pena privativa de libertad haya conducido primero a una propuesta de alternativas a dicha pena, y en tiempos más recientes, a alternativas a la pena en general como forma convencional de manifestación del castigo penal. Véase al respecto, por ejemplo, CESANO, J. D.: «De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas», en *RECPC* 03-05 (2001), disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html4 (última visita: 11/3/2025)

(103) PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las penas, Doctrina y jurisprudencia*, *op. cit*., pp. 132 y s.

(104) Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio jurisdiccional de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat,* vol. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661-692.

cuente. Conocido es el dilema del barco de Teseo, recogido por Plutarco y expuesto por Merkel (105): Teseo desmonta su barco reemplazando cada uno de los tablones estropeados por otros nuevos, mientras un marinero utiliza los tablones viejos para construir una nueva embarcación. Se plantea entonces qué barco es el original: si el nuevo, el construido con tablones viejos, o ninguno de los dos. Este dilema ha sido trasladado al ser humano, primero en un sentido más espiritual, al afirmarse por Lourié que con el paso del tiempo se produce un cambio en el alma del autor que rompe la conexión entre el delito y el castigo (106), y en tiempos más recientes en un sentido puramente físico, recordando Cuneo Nash que puesto que nuestras células están en un proceso de renovación continua y ninguna de ellas nos acompaña toda la vida, cabe plantearse si el ser humano es el mismo tras el paso del tiempo (107).

A pesar de que esta tesis tiene implicaciones en cuestiones diversas (108), y no solo jurídicas, para lo que aquí interesa, su aplicación lleva a la siguiente conclusión: puesto que el transcurso del tiempo provoca una transformación en la identidad del individuo, sancionar a alguien por un delito cometido muchos años atrás equivale, en realidad, a castigar a una persona distinta. En otras palabras, tras un periodo prolongado, la conducta delictiva parece pertenecer a otro sujeto, lo que haría que la pena perdiera su sentido y eficacia.

Con independencia de los importantes problemas que generaría una asunción como esta en el ámbito de lo jurídico en general, cabe recordar que la regulación de la prescripción se encuentra totalmente desvinculada de la edad del autor, a pesar de que, según se reconoce ampliamente, es en la juventud cuando es posible un mayor margen de cambio (109). En todo caso, la principal objeción que puede oponerse a esta teoría en el ámbito penal es la de que, puesto que esos cambios de identidad serían predicables de todos los seres humanos y no solo

---

(105) Merkel, R. «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik », en *JZ*, vol. 54, n.° 10, 1999, p. 503.

(106) Véase al respecto la tesis de Lourié (*Kriminalverjährung*, Breslau, p. 57 y ss.) de 1914, basada en los trabajos de Merkel y Loening y citada en Asholt, M.: *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, p. 127.

(107) Cuneo Nash, S.: «Pretendidas justificaciones de la cadena perpetua a la luz de las teorías sobre el fin de la pena», en Pérez Álvarez, F. (Dir.): *Propuestas penales. Nuevos retos y modernas tecnologías*, ediciones Universidad de Salamanca, julio 2016, p. 729.

(108) Véase Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las penas, Doctrina y jurisprudencia*, *op. cit.,* p. 134.

(109) Está de acuerdo con esta transformación en la identidad, en particular en las edades más tempranas Jakobs, G.: *Strafrecht, Allgemeir Teil*, 2.ª ed., Berlín, 1991, p. 345.

de quienes no han sido juzgados, transcurrido un tiempo equivalente al plazo de prescripción, consecuentemente, también los condenados deberían quedar exentos de cumplir la pena. Por lo tanto, esta teoría no puede servir de fundamento a la prescripción.

2.1.6 *La teoría de la expiación moral o indirecta*

Desde esta perspectiva, se sostiene (110) que el temor al castigo, la ansiedad por ser detenido e incluso los remordimientos experimentados por el delincuente durante el periodo de prescripción, ya constituyen una suerte de *poena naturalis*. Bajo esta lógica, la imposición de una pena formal equivaldría a sancionar dos veces por los mismos hechos.

Esta teoría ha sido objeto de fuertes críticas, pues se sustenta en una presunción arbitraria y carente de suficiente respaldo empírico. Si bien es cierto que algunas personas pueden experimentar sentimientos de culpa y angustia tras cometer un delito, la experiencia demuestra que otras, lejos de verse afectadas por tales emociones, reinciden, por no hablar de los delincuentes profesionales.

Incluso si se aceptara esta premisa bajo un enfoque excesivamente optimista sobre la naturaleza humana, debe recordarse que la sanción penal no cumple una función meramente aflictiva, sino que responde también a importantes finalidades preventivas. En consecuencia, equiparar la ausencia de castigo con un castigo implícito derivado de la inquietud y el sufrimiento personal no constituye una justificación válida para la prescripción penal.

2.1.7 *La teoría de la desaparición de los efectos antijurídicos o de la disminución del injusto*

Esta teoría, que alcanzó cierto eco en Alemania y es defendida en la actualidad por Asholt (111), sostiene que, con el tiempo, los efectos antijurídicos del delito se atenúan hasta desaparecer. No obstante, esta fundamentación carece de la suficiente base argumental (112), ya que la contrariedad a Derecho debe evaluarse en el momento en que se realiza

(110) Semejante concepción se sostuvo durante la Francia postrevolucionaria, y también inspiró algunas leyes alemanas particulares del siglo XIX. *Véase* las referencias en ASHOLT, M.: *Verjährung im Strafrecht*, *op. cit.*, p. 121.

(111) *Ibidem*, pp. 281 y ss.

(112) De ahí que Hochmayr afirme gráficamente que «no se explica cómo se supone que esto funciona» y le reproche, además, su incapacidad para explicar las modificaciones en los plazos de prescripción llevadas a cabo en Alemania. *Véase* HOCHMAYR, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 584.

la conducta, y no puede reducirse o desaparecer simplemente por el paso de los años (113).

2.2 Teorías procesales

2.2.1 *Teoría de las dificultades probatorias*

Uno de los argumentos clásicos que tradicionalmente ha justificado la existencia de la prescripción penal es el que pone el acento en los obstáculos que el paso del tiempo impone a la obtención y valoración de las pruebas. A medida que transcurren los años, se debilita la memoria de los testigos, los elementos materiales pueden deteriorarse o desaparecer, y la investigación en su conjunto pierde precisión y fiabilidad. Semejante degradación afecta tanto a la acusación como a la defensa, lo que incrementa el riesgo de errores judiciales y, en última instancia, de condenas injustas. Desde esta perspectiva, la prescripción ha sido entendida no solo como una herramienta de política criminal, sino también como una garantía del debido proceso.

Esta argumentación ha sido defendida por Banacloche Palao (114), quien considera que la prescripción nace con el objetivo de resolver dos graves inconvenientes que el paso del tiempo provoca en la vida real: que la acusación pueda encontrar elementos con los que reconstruir los hechos y proporcionar al juez una mínima convicción, y que el acusado pueda reunir pruebas exculpatorias.

Sin embargo, semejante justificación enfrenta hoy críticas importantes. En primer lugar, esta teoría no es capaz de explicar la estructura escalonada de los plazos de prescripción, pues estos se corresponden con la gravedad de los delitos, y no con su viabilidad probatoria. En la extensa argumentación que expone Pedreira González al respecto (115), destacaremos aquí solamente su reflexión al hilo

(113) Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, *op. cit*., p. 136.

(114) Banacloche Palao, J.: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *op. cit*., p. 287.

(115) Esta teoría también se enfrenta a serias dificultades al intentar justificar la imprescriptibilidad de ciertos delitos, como el genocidio, o la existencia de plazos extremadamente breves para infracciones leves. Además, si el fundamento de la prescripción residiera exclusivamente en la dificultad de obtener pruebas con el tiempo, los plazos deberían ajustarse a la fragilidad probatoria de cada caso, y no a la gravedad del delito. Sin embargo, los sistemas jurídicos han establecido prescripciones más largas para los delitos más graves, lo que no se corresponde con la lógica de esta teoría, ya que, en muchos casos, los crímenes de mayor impacto social dejan huellas más persistentes en la memoria colectiva y en los registros probatorios. Véase al respecto, Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas*. *Doctrina y jurisprudencia, op. cit*., pp. 137 y 138.

de los delitos de carácter sexual, los cuales, según afirma, al cometerse generalmente en la intimidad y depender en gran medida del testimonio de la víctima, deberían prescribir más rápidamente que otros crímenes con abundante prueba material, lo que iría en contra de las tendencias legislativas actuales que precisamente inspiran esta contribución.

Desde una óptica procesal, otro argumento en contra de esta teoría reside en que el Derecho ya cuenta con mecanismos adecuados para abordar la insuficiencia probatoria sin necesidad de recurrir a la prescripción, por lo que su existencia sería redundante. Como señala Álvarez García, si el tiempo transcurrido impide alcanzar una condena certera, el sistema judicial ya cuenta con principios que garantizan la absolución en caso de duda razonable, sin que sea preciso recurrir a la prescripción como herramienta adicional (116).

Finalmente, las modernas técnicas de investigación, entre las que destaca el ADN y la prueba digital, ponen en duda la fragilidad de la conservación de las pruebas como argumento actual para fundamentar la prescripción. Baste recordar a este respecto que en un país como Suecia la eliminación de la prescriptibilidad de los delitos de asesinato se fundamentó precisamente en los avances tecnológicos, que permiten hoy una mayor fiabilidad en la conservación y valoración de la prueba (117).

2.2.2 *La teoría de la presunción de desistimiento del Ministerio Público*

Algún autor (118) ha sugerido que la prescripción penal se fundamenta en la presunción de que, transcurrido un tiempo determinado, el Ministerio Público ha decidido no continuar con la persecución penal del delito.

No obstante, esta perspectiva omite un punto fundamental: la persecución y sanción de los delitos no constituye una facultad discrecional del Estado, sino un deber. En este sentido, cuando un delito prescribe, no puede hablarse de una omisión en el ejercicio de un «derecho» por parte del Estado, sino más bien de un incumplimiento de su deber de garantizar la efectividad de la acción penal. Asumir que el Ministerio Público puede abandonar la persecución penal como si

(116) Álvarez García, J.: *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 292. En el mismo sentido, Gili Pascual, A.: *La prescripción en el Derecho penal*, *op. cit*., p. 67

(117) Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 582, nota 19.

(118) Véanse las referencias Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas*. *Doctrina y jurisprudencia, op. cit*., p. 140.

fuera una prerrogativa propia, equivaldría a colocarlo por encima de la ley, algo que resulta inconcebible en un sistema jurídico basado en el principio de legalidad.

2.2.3 *La teoría del castigo a la negligencia del Ministerio Público*

Esta concepción sostiene que la prescripción opera como una consecuencia directa de la negligencia del Estado –en particular del Ministerio Público– en la persecución del delito.

Aunque históricamente semejante teoría gozó de cierta aceptación (119), en el marco del Derecho penal actual resulta problemático sostener que la negligencia estatal constituya un fundamento autónomo y suficiente para la prescripción. Corresponde al Estado el deber ineludible de ejercer su potestad punitiva siempre que existan indicios racionales de la comisión de un delito. La omisión injustificada en el ejercicio de esta función puede dar lugar incluso a responsabilidades disciplinarias o penales para las autoridades competentes.

Además, como ha señalado Cerrada Moreno (120), la regulación positiva de la prescripción no se ajusta plenamente a la lógica de la teoría de la negligencia estatal, pues la prescripción puede deberse a la conducta del sujeto, lo que evidencia que la pasividad del Estado no es el único elemento relevante.

2.2.4 *La teoría de la prevención de la inactividad estatal*

De acuerdo con esta interpretación, la prescripción es concebida como un mecanismo de presión para que las instituciones encargadas de investigar y juzgar los delitos actúen con mayor diligencia y eficiencia. Así, el riesgo de que un delito prescriba obligaría al aparato judicial a evitar demoras injustificadas y a optimizar los tiempos del proceso penal. En otras palabras, se trataría de un estímulo institucional para el cumplimiento de los plazos procesales (121).

---

(119) *Ibidem*, p. 140.

(120) A ello se añade la consideración de que las reformas introducidas en la legislación penal en 2010 han reflejado, de forma indirecta, la preocupación por la ineficacia procesal. La modificación del artículo 132.2 CP estableció plazos específicos para la suspensión de la prescripción tras la presentación de querella o denuncia, lo que buscó incentivar la celeridad en la emisión de resoluciones judiciales. Véase Cerrada Moreno, M.: *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos, op. cit*., pp. 437-441.

(121) En este sentido se pronunció, por ejemplo, la importante STC 63/2005, de 14 de marzo, en una causa en la que una querella permaneció dos años en el limbo jurisdiccional, afirmando que la prescripción constituye «una incitación a los órganos judiciales y a los acusadores públicos y privados a actuar diligentemente a fin de no demorar el inicio de la persecución penal. La diligencia del Juez y de la parte acusadora es también, por consiguiente, una de las finalidades que con carácter inmediato

Sin embargo, esta teoría resulta cuestionable (122). En primer lugar, atribuir la acumulación de causas pendientes exclusivamente a la ineficacia del sistema judicial supone una simplificación excesiva de un fenómeno complejo. La duración de los procesos penales depende también de factores estructurales y contingentes, como la complejidad de los hechos investigados, la disponibilidad de pruebas o la sobrecarga de trabajo de los tribunales.

Además, utilizar la prescripción como instrumento para corregir la ineficiencia judicial o combatir la inactividad de los órganos jurisdiccionales resulta jurídicamente insostenible. Pretender incentivar la diligencia institucional a través de la amenaza de impunidad para los infractores constituye una contradicción en sí misma. Un enfoque más adecuado sería el establecimiento de mecanismos de control y la aplicación de sanciones disciplinarias a los funcionarios responsables de las demoras procesales.

2.2.5 *La teoría de la economía procesal*

En las últimas décadas, el Análisis Económico del Derecho ha cobrado relevancia dentro del pensamiento jurídico, configurándose como una herramienta clave para evaluar la efectividad y racionalidad de las normas. Desde esta óptica, la prescripción penal no solo se concibe como una institución tradicional del Derecho penal, sino también como un mecanismo necesario para optimizar la asignación de recursos en la persecución del delito. El tiempo y los recursos estatales destinados a la persecución del delito por son finitos; por lo tanto, establecer plazos para el ejercicio de la acción penal se justifica como una forma de evitar la dispersión de esfuerzos en casos de difícil resolución y de focalizar la actuación del sistema en delitos más recientes, en los que la obtención de pruebas es más viable.

La inexistencia de un límite temporal en la persecución penal supondría que el Estado estuviera obligado a investigar delitos sin distinción de antigüedad, lo que generaría un volumen insostenible de procesos. Esta sobrecarga no solo afectaría a la capacidad de los órganos judiciales para tramitar con agilidad los casos recientes, sino que también incrementaría el riesgo de resoluciones deficientes o arbitrarias debido a la pérdida de pruebas con el paso del tiempo.

Desde esta perspectiva, la prescripción cumple la función de racionalizar el funcionamiento del sistema de justicia, estableciendo un

---

persigue la prescripción penal, en el entendimiento de que toda negligencia de uno y otra conduce a favorecer al supuesto delincuente con la eventual impunidad de su conducta...».

(122) Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia, op. cit.*, pp. 141 y 142.

orden de prelación en la persecución de delitos según su gravedad. Esto explica por qué los delitos más graves cuentan con plazos prescriptivos más amplios, ya que su impacto social justifica una mayor inversión de recursos en su investigación y enjuiciamiento. En cambio, para las infracciones menores, cuya trascendencia es reducida, los plazos son más cortos, permitiendo que el sistema concentre su capacidad operativa en asuntos de mayor relevancia.

No obstante, esta argumentación, aunque útil desde un punto de vista práctico, resulta insuficiente como justificación jurídica de la institución. Como advierte Pedreira González (123), si el único fundamento de la prescripción fuese la eficiencia del sistema, lo coherente sería suprimirla y dotar de más recursos al Estado. En definitiva, confundir las consecuencias prácticas con la razón de ser normativa de la prescripción lleva a una justificación débil, basada más en la resignación ante las carencias estructurales que en una verdadera construcción jurídica. Por ello, un autor como Gili Pascual, señala que la reducción de la carga en los tribunales puede constituir un efecto colateral de esta institución, pero no su justificación (124).

2.3. Otras Teorías

2.3.1 *Teoría de la seguridad jurídica*

Diversos autores han sostenido que la seguridad jurídica constituye uno de los principales fundamentos de la prescripción, argumentando que la estabilidad jurídica debe prevalecer sobre la persecución indefinida de delitos.

El principal defensor de la seguridad jurídica como fundamento es Pedreira González, quien sostiene que la única justificación posible de esta institución radica en «la exigencia social de que no se prolongue de forma indefinida la incertidumbre de la amenaza penal» (125).

Esta exigencia de certeza y seguridad jurídica se alinea con los valores esenciales que definen a un Estado democrático de Derecho, cuya estructura se caracteriza por la autolimitación del poder como garantía de la libertad y la dignidad humanas. El reconocimiento de la dignidad, según afirma Pedreira González, «conlleva, entre otras exigencias, la necesidad de un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de la persona» (126). En ese marco, la incertidumbre derivada

(123) *Ibidem,* p. 142.

(124) Gili Pascual, A.: *La prescripción en el Derecho penal*, *op. cit*., pp. 65 y ss.

(125) Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, p. 147.

(126) *Ibidem*, p. 151.

de una persecución penal indefinida resultaría incompatible con dicha concepción. Esta fundamentación, por lo demás, resulta capaz de explicar el carácter escalonado de los plazos prescriptivos y la manifestación de esta institución en otras ramas del ordenamiento.

En el ámbito procesal, entre los defensores más destacados de este fundamento se encuentra Banacloche Palao, quien considera que la prescripción resulta esencial para garantizar la seguridad jurídica del inocente, evitando condenas injustas. Por ello, defiende la prescripción del delito, pero rechaza la prescripción de la pena, pues en tal caso no hay un presunto inocente, sino un culpable confirmado (127).

Frente a esta tesis, cabe objetar que se proyecta indebidamente una concepción subjetiva de la seguridad jurídica, ajena al sentido propio de esta garantía. La seguridad jurídica se entiende, en su formulación clásica, como la posibilidad de prever de manera razonable las consecuencias jurídicas o la calificación de una determinada conducta (128). Desde esta perspectiva, no puede sostenerse que la prescripción se fundamente en la seguridad jurídica. Por el contrario, la prescripción –especialmente en su regulación escalonada– contribuye a incrementar la complejidad del sistema normativo, afectando negativamente a su certeza y, con ello, a su accesibilidad y comprensión. En rigor, una verdadera seguridad jurídica, conforme a su concepción tradicional, se alcanzaría mediante la imprescriptibilidad de todos los delitos y penas (129).

La concepción de la «seguridad jurídica» como el cese de la inquietud que experimenta el individuo ante una amenaza penal indefinida en el tiempo, implica una cierta desnaturalización del concepto. Esta interpretación introduce en la noción de seguridad jurídica una carga subjetiva que le es ajena. En sentido estricto, la seguridad jurídica se identifica, ante todo, con la certidumbre normativa y la

(127) Banacloche Palao, J.: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *op. cit*., pp. 285 y ss.

(128) Por ese motivo, lo que sí afecta a la seguridad jurídica es la excesivamente amplia regulación de la interrupción de la prescripción en nuestro país. En nuestro Derecho, a diferencia de que sucede en el alemán (§ 78c.3 StGB), la ausencia de límites a la interrupción del plazo de prescripción puede conducir a una imprescriptibilidad *de facto*, lo que resulta criticable y debería ser objeto de reforma. A este respecto Véase, por ejemplo, González Cussac, J. L.: «Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales (a propósito de la STC 63/2005)», en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 15, 2005, pp. 7 y 8.

(129) Véanse las críticas a esta fundamentación en Gili Pascual, A.: *La prescripción en el Derecho penal*, *op. cit*., p. 72; González Tapia, M. I.: La prescripción en el Derecho penal, *op. cit*., p. 63; Raguès i Vallés, R.: *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, *op. cit*., pp. 28 y ss.; y Gómez Martín, V.: *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas, op. cit*., pp. 20 y ss.

previsibilidad del orden jurídico; y esa certidumbre –conviene recordarlo–, no tiene por qué ser necesariamente tranquilizadora (130).

A pesar de estas objeciones, compartimos que el cese de la inquietud generada por la amenaza de persecución penal constituye la finalidad esencial y única de la institución de la prescripción. Sin embargo, sostenemos que dicho cese no se vincula propiamente con la seguridad jurídica, sino con la dignidad humana, como tendremos ocasión de exponer.

2.3.2 *La teoría de la fuerza extintiva del tiempo*

Algunas corrientes doctrinales (131) han sostenido que la prescripción se fundamenta exclusivamente en el transcurso del tiempo como causa extintiva de la acción penal. No obstante, dicha tesis resulta objetable por su carácter tautológico, en la medida en que se limita a afirmar que el mero paso del tiempo extingue la acción, sin ofrecer una justificación sustantiva acerca de por qué debe producirse tal efecto. Esta formulación, por tanto, carece de un fundamento jurídico suficiente y razonado.

2.3.3 *La teoría de la pérdida de interés del Estado*

Otra tesis sostiene que la prescripción se fundamenta en la pérdida de interés del Estado en la persecución de ciertos delitos (132). Si bien esta teoría destaca el carácter público de la prescripción, no explica cuáles son las razones que llevan al Estado a perder dicho interés ni bajo qué criterios se establece la extinción de la acción penal.

2.3.4 *Teorías mixtas*

Ante las dificultades para justificar la prescripción penal desde una única perspectiva, han surgido enfoques mixtos que integran argumentos de naturaleza tanto sustantiva como procesal. Si bien en esta materia existe una cierta tradición en este tipo de planteamientos, lo cierto es

(130) Por ejemplo, Gili Pascual (*La prescripción en el Derecho penal*, *op. cit*., pp. 72 y 73) también ponía de manifiesto esa confusión entre la incertidumbre jurídica y la personal.

(131) Véanse las referencias en Asholt, M.: *Verjährung im Strafrecht*, *op. cit*., pp. 107 y ss.

(132) Este argumento de la falta de interés es el mantenido por Orts Berenguer y González Cussac (*Compendio de Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 10.ª ed., Valencia, 2023, p. 452), si bien parecen apoyar esa ausencia de interés en un fundamento plural: el debilitamiento de la pretensión punitiva, los cambios en la personalidad del infractor, la innecesaridad de la prevención general, la ineficacia del castigo, la negación del principio de inmediatez y celeridad de la justicia penal, la ausencia de necesidad de pena, las dificultades de prueba surgidas con el transcurso del tiempo, etc.

que en los últimos años se ha generalizado su aceptación hasta convertirse en la opinión mayoritaria en España. En cualquier caso, conviene subrayar que este enfoque combinado no es exclusivo del ámbito español, sino que se observa también en otros ordenamientos, incluso en aquellos donde la prescripción se adscribe de forma clara y predominante al Derecho penal sustantivo o al Derecho procesal (133).

Dentro de este enfoque plural se encuadra, por ejemplo, la posición de Lascuraín Sánchez, quien sostiene que: «mientras que la determinación del plazo en la regulación de la prescripción parece orientada sobre todo a preservar la funcionalidad de la pena, la decisión acerca de cuándo se interrumpe se dirige principalmente a la conservación de la seguridad jurídica y al fomento de la diligencia de la investigación pública» (134).

En tiempos muy recientes se ha pronunciado a favor de una fundamentación múltiple Puente Rodríguez, aunque reconociendo los sinsabores que conlleva mantener semejante postura (135). El autor admite que le resultan más convincentes las tesis eclécticas respecto al sentido de la prescripción penal. Señala que ninguna tesis monista se ajusta plenamente a la regulación vigente, pero considera que tampoco hay impedimento para combinar distintas perspectivas. Explica que en algunos casos el paso del tiempo puede hacer innecesaria la pena, mientras que en otros puede prevalecer la economía procesal, incluso si la pena aún tuviera sentido. Además, destaca la importancia del principio de personalidad de las penas, como un argumento frecuentemente subestimado, pero con gran potencial teórico y práctico (136).

También en el Derecho alemán se adopta una fundamentación múltiple de la prescripción penal. Así, por ejemplo, Greco, retomando la fundamentación tridimensional del BGH (137), señala que «en no

---

(133) En este sentido, Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 580.

(134) Lascuraín Sánchez, J. A.: «¿Cuándo se interrumpe la prescripción de un delito?», en *Almacén de Derecho*, 6 de Mayo de 2020, disponible en https://almacendederecho.org/cuando-se-interrumpe-la-prescripcion-de-un-delito (última visita: 2/3/2025).

(135) Así, afirma: «Seguramente no es esta la salida más 'limpia', ni la más 'gratificante' para el académico. Pero creo honestamente que es una descripción exacta de una institución compleja que no se deja reducir a una sencilla caracterización. Ello, desde el prisma conceptual, puede ser frustrante. Sin embargo, reconocer la pluralidad y la riqueza que alberga el fundamento de esta institución puede ser también un poderoso paso para defenderla frente a los embates que sufre en los últimos tiempos». Véase Puente Rodríguez, L.: «En defensa de la prescripción del delito. Una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad», *op. cit.*, p. 13.

(136) *Ibidem,* p. 7.

(137) BGHSt 51, 72 (78, marginal 22): «La institución jurídica de la prescripción tiene por objeto servir a la paz jurídica y, por tanto, a la seguridad

pocas ocasiones, es el aspecto criminalístico de la pérdida de pruebas el que se encuentra en primer plano. En otras palabras, la prescripción implica que tenemos cosas más importantes que hacer que castigar (paz jurídica); que la pena no debe perjudicar a quien castiga, es decir, a nosotros (seguridad jurídica); que debemos establecer incentivos para que nuestros órganos de persecución no se vuelvan negligentes (disciplina); y que penar es desmesuradamente difícil (pérdida de pruebas). En pocas palabras: la pena tardía no nos aporta nada, carece de sentido desde el punto de vista consecuencialista» (138).

En la misma línea, Hochmayr rechaza que la prescripción pueda justificarse desde una única perspectiva, y sostiene que «los argumentos más convincentes son la seguridad jurídica, en combinación con la pérdida de pruebas y los intereses económicos judiciales» (139).

En definitiva, este enfoque plural constituye hoy la fundamentación más extendida. Sin embargo, como ya se ha señalado, la acumulación de teorías no soluciona necesariamente las insuficiencias de cada una de ellas; más bien, corre el riesgo de superponer argumentos inconexos sin lograr una justificación sistemáticamente coherente. Además, incluso aunque se admitiera la validez de los argumentos presentados, y se aceptara que no han de concurrir todos a la vez, sino que operan con distinta intensidad según el contexto, o incluso que en ocasiones solo se da alguno de ellos, deberá reconocerse también por parte de los defensores de las tesis eclécticas que puede haber otros casos en los que no se presente ninguno de ellos. Y, como también en esos casos el delito y la pena prescriben, se demuestra que esa pretendida dimensión plural constituye una justificación meramente *ad hoc*, desprovista de toda pretensión de universalidad y, con ello, de solidez teórica.

---

jurídica, y contrarrestar cualquier inactividad de las autoridades en cualquier fase del procedimiento».

(138) Véase Greco, L.: «Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los 'viejos nazis'», en *ADPCP*, Vol. LXXVI, 2023, p. 15. Aunque se manifiesta en contra de la imprescriptibilidad (p. 13) con el argumento de que: «la afirmación implícita de que se preserva la identidad, de que se trata de la misma persona, la enclava en su pasado más lejano y le niega así no solo la posibilidad de distanciarse de este pasado, de reinventarse o de cambiar con posterioridad a la sentencia condenatoria, sino que, además, mediante el anuncio legal de la imprescriptibilidad de estos actos, niega ya cualquier esperanza de ello *ex ante*. De este modo, el Estado se arroga un derecho (que dudosamente le corresponde) a escribir la biografía de un ciudadano y desprecia lo que podríamos llamar la propia autoría (*Selbsturheberschaft)* o autenticidad del ciudadano».

(139) Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», *op. cit*., p. 587.

3. **Teorías más recientes**

3.1 Teoría de la falta de necesidad de preservar el orden social vigente

Esta teoría es defendida por Ragués i Vallès, quien sostiene que el único fundamento legítimo de la prescripción reside en el cambio que, con el transcurso del tiempo, se produce en la forma en que la sociedad interpreta los hechos. Desde esta perspectiva, sancionar conductas que pertenecen al pasado podría vulnerar el principio según el cual la pena solo es legítima cuando resulta estrictamente necesaria para preservar el orden social vigente (140).

Aunque el propio Ragués i Vallès distingue esta tesis de las basadas en la incapacidad de alcanzar los fines de la pena, lo cierto es que la cercanía conceptual entre las mismas resulta innegable. Por ello, las críticas dirigidas contra la teoría de la innecesariedad de la pena parecen igualmente aplicables a esta teoría, en tanto comparten una misma lógica teleológica centrada en la utilidad presente de la reacción penal.

3.2 La prescripción como atenuante

Esta tesis ha sido defendida por Garro Carrera en uno de los estudios monográficos más recientes sobre la prescripción penal. Propone, siguiendo el modelo sueco, considerar la prescripción como una atenuante cuando, debido a la concurrencia de factores equivalentes a la sanción u otras circunstancias postconsumativas, disminuya la necesidad de pena, a pesar de que se mantenga la gravedad del injusto culpable. A la vez, defiende una revisión de los delitos considerados imprescriptibles, para incluir entre ellos «los ataques violentos contra la vida, y aquellos contra la integridad y la libertad que causen daños más lacerantes y dejen tras de sí secuelas importantes» (141).

Esta fundamentación, pese a sus logros, revela la crisis de legitimidad que atraviesa la prescripción. Adoptarla equivaldría a asumir que no existe un fundamento legítimo vigente, conclusión que no compartimos.

---

(140) Ragués i Vallès, R.: *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, *op. cit*., pp. 41-46.

(141) Garro Carrera, E.: *Paso del tiempo y respuesta penal, Derecho comparado y propuestas de lege ferenda para la regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 5.

3.3 La prescripción como derecho humano

En los últimos tiempos, se ha realizado una de las propuestas más interesantes acerca de la fundamentación de la prescripción. ESSER, en una valiosa e innovadora contribución (142), analiza si la prescripción de la acción penal puede configurarse como un derecho humano a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). A través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estudia las posibles fundamentaciones de acuerdo con los artículos 5, 6, 7 y 8 del CEDH.

La tesis del catedrático de Passau sugiere que ciertos principios consagrados en dicho Convenio permitirían reconstruir la prescripción como un límite temporal al ejercicio de la acción penal que, de ser sobrepasado, devendría incompatible con las exigencias de un Estado de Derecho respetuoso de las libertades fundamentales. La prescripción no se trataría, pues, de una concesión del legislador, sino de una exigencia jurídica derivada del sistema de protección de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, se argumenta que el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH) impediría que una persona fuera privada de libertad por hechos muy lejanos en el tiempo, cuando el tiempo transcurrido convierte la ejecución de la pena en una respuesta estatal desproporcionada o arbitraria. Una privación de libertad basada en delitos prescritos carecería de legitimidad y podría considerarse contraria a la Convención (143).

Asimismo, se sugiere que el principio de legalidad penal (artículo 7 CEDH) comprende, no solo la descripción típica de las conductas punibles, sino también de sus límites temporales. La previsibilidad del castigo y la seguridad jurídica quedarían comprometidas si el Estado mantuviese indefinidamente la potestad de perseguir penalmente a los ciudadanos, erosionando así el contenido esencial del principio de legalidad.

En el mismo sentido, el derecho a un juicio justo (artículo 6 CEDH) exige que el proceso penal se desarrolle dentro de un plazo razonable.

---

(142) Esser, R.: «Verjährung der Strafverfolgung - Ein Menschenrecht?», en Hochmayr, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», en Hochmayr, G. y Gropp, W.: *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzübershreitende Zusammenarbeit in Strafsachen. Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags,* Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 37-77.

(143) Así se ha sostenido en la STEDH, asunto Gahramanov c. Azerbaiyán, 2013. En cuanto al artículo 7 del CEDH (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), el TEDH ha oscilado entre concebir la prescripción como una cuestión meramente procesal, lo que excluiría su inclusión en el ámbito de protección de dicho artículo, y una comprensión más sustancial, en la que la prescripción participa se sitúa en la punibilidad del delito. Véase ESSER, R.: «Verjährung der Strafverfolgung - Ein Menschenrecht?», *op. cit*., pp. 53 y ss.

El paso del tiempo dificulta la prueba de los hechos y aumenta el riesgo de error judicial, lo que afecta la posibilidad de defensa efectiva (144). Por ello, este precepto permitiría sustentar la exigencia de que la perseguibilidad penal estuviera limitada en el tiempo.

En este mismo contexto se ha invocado el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH. Una incertidumbre penal prolongada puede tener efectos perturbadores en el desarrollo personal y los proyectos vitales del individuo. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, la persistencia del reproche penal pudiera considerarse una intromisión desproporcionada en la esfera privada del sujeto, contraria a la resocialización y a la estabilidad personal del individuo.

En todo caso, y según reconoce el propio ESSER, este enfoque no está exento de tensiones, especialmente en lo que respecta a los derechos de las víctimas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado en diversas ocasiones –particularmente en relación con delitos de especial gravedad como la tortura o las desapariciones forzadas– que el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas supone que el Estado tiene el deber de investigar eficazmente, incluso si ello implica excluir la prescripción (145). Este deber entra en colisión con la pretensión de considerar la prescripción como una garantía individual y plantea un dilema que la doctrina todavía no ha logrado resolver de manera satisfactoria.

Aunque la configuración de la prescripción como derecho humano se encuentra aún, pues, en fase embrionaria, su reconocimiento futuro dependerá de la evolución jurisprudencial y de la consolidación de una dogmática penal que permita armonizar adecuadamente los intereses del Estado, los derechos del imputado y las legítimas expectativas de las víctimas. El Tribunal de Estrasburgo no ha reconocido expresamente, hasta el momento, la existencia de un derecho humano a la prescripción, pero algunos pronunciamientos, como el asunto *Antia y Khupenia c. Georgia*, permiten considerar que condenar a alguien por un delito prescrito conforme al derecho nacional viola el artículo 7 del CEDH (146). Esta orientación apunta hacia una comprensión de la prescripción como garantía sustantiva, y no meramente procesal.

---

(144) TEDH, asunto Coëme y otros c. Bélgica, 2000. *Véase* ESSER, R.: «Verjährung der Strafverfolgung - Ein Menschenrecht?», *op. cit*., pp. 64 y ss.

(145) El TEDH también ha reconocido el derecho de las víctimas a una investigación efectiva (artículos 2, 3 y 8 del CEDH). En casos graves, como torturas o desapariciones forzadas, el Tribunal ha sido tajante: ni la prescripción ni las amnistías son aceptables si impiden el esclarecimiento de los hechos.

(146) El asunto *Antia y Khupenia c. Georgia* marcó un punto de inflexión: el TEDH consideró que violar una norma nacional de prescripción constituye una infracción del artículo 7, al no existir una «base legal válida» para la condena. Esta sentencia ha abierto la puerta a una posible reinterpretación de la prescripción como una garantía sus-

4. **Recapitulación del rechazo de las teorías expuestas y la defensa de la dignidad como fundamentación**

4.1 Rechazo de las teorías expuestas

Las dificultades para encontrar una fundamentación convincente de la prescripción penal, que además se ajuste a las exigencias de la realidad contemporánea, han convertido esta tarea en un verdadero desafío teórico. Tal ha sido su complejidad, que se han llegado a cuestionar, no solo los fundamentos de la institución, sino su propia naturaleza y los términos del debate. No está claro si el análisis debe partir del Derecho positivo –esto es, de su configuración normativa concreta– o si, por el contrario, debe prescindirse de esa regulación para acceder a la esencia de la institución, dado que sus elementos legales pueden desdibujar o incluso contradecir su verdadera naturaleza.

La casuística es densa y diversa, y el estudio del Derecho comparado conduce inevitablemente a la conclusión de que el Derecho positivo opera muchas veces como un factor de distorsión. La institución de la prescripción solo puede ser analizada en su estado más puro, despojada –como diría el poeta moguereño de su propia poesía– de los «ropajes» con los que el tiempo la ha revestido. En esa versión depurada, puede concebirse, sencillamente, como la extinción de la responsabilidad penal, ya impuesta o susceptible de serlo, por efecto del transcurso del tiempo, eventualmente modulada conforme a criterios graduados en función de la gravedad del delito.

No obstante, incluso reducida a este núcleo esencial, la búsqueda de una fundamentación general y coherente sigue tropezando con importantes obstáculos. Las teorías que asocian la prescripción con la pérdida de necesidad de pena ofrecen, ciertamente, una explicación que armoniza con la lógica de que los plazos prescriptivos aumenten en función de la gravedad del delito. No obstante, estas teorías se enfrentan a dos objeciones de difícil superación (147) –además de a las incoherencias internas que presenta cada una en su formulación particular–. En primer lugar, el tiempo también transcurre para quienes han sido condenados, lo

---

tantiva, lo que implicaría su inclusión dentro del principio de legalidad penal. Aunque el TEDH ha mantenido una interpretación predominantemente procesal de la prescripción (asunto Coëme y otros c. Bélgica, 2000), esta sentencia abre la posibilidad de considerarla parte integrante de la responsabilidad penal y, por tanto, protegida por el artículo 7. *Véase* Esser, R.: «Verjährung der Strafverfolgung - Ein Menschenrecht?», *op. cit*., pp. 60 y ss.

(147) Sobre ello, ya Gimbernat Ordeig, E.: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *op. cit*., p. 220.

que plantea una paradoja evidente: si se afirma que la pena ya no es necesaria una vez superado el plazo de prescripción, ¿cómo justificar que una persona condenada deba cumplir una pena más allá de ese mismo umbral temporal, cuando en su caso la necesidad de sanción penal debería haber igualmente decaído? En segundo lugar, resulta problemático comprender por qué un acto procesal formal tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción y reiniciar el cómputo, sin que ello se vincule necesariamente a una mayor necesidad de pena ni a un reforzamiento de la culpabilidad. Estas inconsistencias ponen de manifiesto que, pese a los esfuerzos doctrinales por construir una fundamentación sólida, la institución de la prescripción sigue inmersa en una profunda crisis teórica que exige repensarla desde sus fundamentos más esenciales.

Las teorías de naturaleza procesal deben ser mayoritariamente descartadas, en la medida en que conciben la persecución penal como una mera facultad del Estado, susceptible de caducar por inactividad, lo que resulta incompatible con la estructura del proceso penal moderno. Una excepción parcial a esta crítica la constituye la teoría de la dificultad probatoria, que justifica la prescripción en la progresiva pérdida de fiabilidad de los medios de prueba con el transcurso del tiempo. No obstante, aunque esta tesis gozó de cierta relevancia en el pasado, su vigencia actual resulta cuestionable. El desarrollo de tecnologías como el análisis de ADN, el acceso a registros digitales y otras herramientas forenses ha ampliado significativamente la capacidad de esclarecer delitos muchos años después de su comisión.

Además, en un Estado de Derecho, la existencia de garantías procesales como la presunción de inocencia, la exigencia de prueba más allá de toda duda razonable y el principio *in dubio pro reo* proporcionan una protección suficiente frente al riesgo de condenas injustas, lo que hace innecesaria una institución destinada a evitar errores judiciales derivados de la antigüedad del caso.

A ello se suma una incongruencia aún más evidente cuando se aplica este razonamiento al ámbito específico que aquí nos ocupa. Si se parte de la premisa de que la dificultad probatoria debe determinar la extinción de la acción penal, entonces los delitos sexuales –que suelen cometerse en contextos de intimidad y cuya investigación se apoya principalmente en el testimonio de la víctima– deberían prescribir más rápidamente que otros delitos con abundante prueba material. Sin embargo, como hemos visto, las reformas legislativas recientes han seguido la dirección opuesta, ampliando los plazos o incluso eliminando la prescripción para este tipo de delitos. Este hecho pone en evidencia la escasa capacidad explicativa de la teoría basada en la pérdida de prueba.

Finalmente, la seguridad jurídica ha ocupado históricamente una posición preeminente entre los argumentos tradicionalmente invocados para justificar la prescripción. Sin embargo, esta afirmación resulta engañosa, tal y como se ha señalado. Es cierto que la seguridad jurídica se presenta como uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, hasta el punto de que se sostiene, de forma casi axiomática, que el Derecho existe para proporcionar seguridad, y que sin ella perdería tanto su eficacia reguladora como su legitimidad.

Ahora bien, si se entiende la seguridad jurídica en su sentido estricto –como la posibilidad de prever, de manera razonablemente confiable, las consecuencias jurídicas o la calificación legal de los actos– difícilmente puede sostenerse que constituya el fundamento de la prescripción. Muy al contrario, esta institución y, en particular, su regulación escalonada en función de la gravedad del delito, contribuyen a aumentar la complejidad del sistema normativo, dificultando la cognoscibilidad y, por tanto, debilitando esa certidumbre que constituye el núcleo de la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, la auténtica seguridad jurídica derivaría de la imprescriptibilidad de todos los delitos y de todas las penas, al eliminar cualquier incertidumbre sobre la vigencia de la acción penal.

Ciertamente, un sector de la doctrina incluye en la «seguridad jurídica» el cese de la inquietud personal que genera la amenaza constante de persecución penal. Sin embargo, semejante interpretación creemos que desnaturaliza el concepto, al proyectar sobre él una dimensión subjetiva que no le es propia. La seguridad jurídica no equivale a tranquilidad emocional o paz individual, sino a certeza normativa. Y esta certeza no tiene por qué ser necesariamente tranquilizadora. Lo que la prescripción busca evitar es, más bien, una prolongación excesiva de la incertidumbre personal –una forma de sufrimiento incompatible con la dignidad humana– lo cual remite no a la seguridad jurídica, sino a la protección de los derechos fundamentales.

4.2 Defensa de la dignidad como fundamentación

El solo hecho de que la prescripción esté presente en todas las ramas del Derecho positivo evidencia que no se trata de una institución exclusivamente penal. En este sentido, Quintero Olivares advertía con acierto que «los penalistas tienen una cierta tendencia a olvidar que el problema del tiempo es una cuestión general del Derecho» (148). Por ello, por más que se intente, la prescripción no puede expli-

(148) Quintero Olivares, G.: «El tiempo y el Derecho penal: legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad y prescripción del delito», *op. cit*., p. 595.

carse adecuadamente desde los fines de la pena, pues trasciende la lógica retributiva o preventiva que los inspira.

La prescripción constituye, en realidad, un límite externo de naturaleza jurídico-constitucional vinculado a la idea de la dignidad humana, en tanto impide que una persona permanezca indefinidamente sometida a la amenaza de una sanción penal. No es casual que, de forma casi intuitiva, muchos autores recurran al argumento de la seguridad jurídica para justificar la prescripción. Sin embargo, lo que se enuncia como «seguridad jurídica» remite, en estos casos, no tanto a la certeza normativa, como a una forma de tranquilidad personal que encuentra su verdadero fundamento en la dignidad. El ser humano no puede estar expuesto indefinidamente a la angustia generada por una amenaza penal constante, bajo una suerte de espada de Damocles, con independencia de cuál sea el origen de esa situación: ya provenga de la inacción del Estado –que retrasa el enjuiciamiento del delito o la ejecución de la pena– o de la conducta evasiva del propio individuo. En todo caso, ese estado de incertidumbre y vulnerabilidad debe llegar a su fin, no por exigencias de certeza normativa, sino por respeto a la dignidad intrínseca de la persona.

Conviene recordar que la dignidad humana no es un derecho más dentro del catálogo constitucional, sino el principio estructural sobre el que se edifican y legitiman todos los derechos fundamentales. Se trata de un valor configurador del Estado de Derecho, que actúa como límite infranqueable frente a cualquier forma de arbitrariedad del poder público.

En las constituciones surgidas tras procesos de ruptura institucional o tras la superación de regímenes autoritarios –como las de Alemania, Italia, España o diversos países latinoamericanos– la dignidad se configura como valor supremo dotado de una función unificadora y legitimadora del orden constitucional (149). Así, el artículo 10.1 de la Constitución española la consagra como fundamento del orden político y de la paz social, permitiendo articular los derechos fundamentales como manifestaciones específicas de la dignidad personal, en su doble dimensión: como valor inherente a toda persona y como derecho a un ámbito de autonomía inviolable.

La noción de dignidad humana ocupa un lugar muy distinto según los marcos constitucionales (150). En Alemania, constituye el pilar cen-

(149) Sobre ello puede verse ampliamente ROLLA, G.: «Il principio della dignità umana. Dall'artículo 10 della Costituzione spagnola al nuovo costituzionalismo iberoamericano», *op. cit*., pp. 1459-1476.

(150) Sobre ello, véase GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: «Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional», *AFDUAM* 16, 2012, pp. 98 y ss.

tral del orden constitucional: reconocida como inviolable en el artículo 1 de su Ley Fundamental, es fuente directa de derechos fundamentales y ha generado una jurisprudencia rica y minuciosa en ámbitos tan variados como la bioética, la seguridad aérea o la política social.

En cambio, en España, su alcance es más limitado. No se configura como un derecho fundamental autónomo, y no basta por sí sola para fundar una pretensión de un sujeto en una situación concreta, ni, por supuesto, para interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Su función principal ha sido la de instrumento interpretativo, orientado a determinar qué derechos fundamentales corresponden a los extranjeros, incluso en ausencia de previsión legal (151).

Con independencia de que la virtualidad de la dignidad es menor, como vemos, en nuestro país, constituye una cuestión pacífica que la misma proyecta efectos sobre la totalidad del sistema jurídico: prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, exige que las penas respeten el principio de humanidad y obliga a que cualquier restricción de derechos sea razonable y proporcional. En este sentido, la dignidad no constituye solo un valor ético, sino también un parámetro jurídico que delimita la intervención del Estado, incluso en contextos de emergencia o restricción de derechos.

Por este motivo, tal y como afirmaba Benda, «el Derecho penal y el Derecho procesal son campos importantes para la defensa de la dignidad humana» (152). Desde esta perspectiva, la prescripción penal no debe entenderse como una cuestión de oportunidad o de eficiencia, sino como una exigencia del orden constitucional democrático: una garantía última frente a la desmesura del castigo y a la prolongación indefinida del poder punitivo.

En definitiva, mientras los derechos fundamentales pueden ser regulados y limitados conforme a criterios constitucionales, la dignidad permanece como un valor absoluto e inviolable. Su preservación resulta condición necesaria para que un sistema pueda considerarse verdaderamente democrático y respetuoso con la persona humana.

Un Estado que proclama entre sus valores el de la dignidad no puede someter a sus ciudadanos a una pendencia indefinida. Como ya se ha indicado, la prescripción constituye un buen termómetro de la liberalidad y el garantismo del Estado, lo que explica que, pese a su

(151) Por todas, la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

(152) Benda, E.: «La salvaguarda de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental)», en Fernández Segado (edit.), *The Spanish Constitution in the European Context*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 1453.

origen ancestral, los Estados de Derecho la hayan asumido como una institución propia y característica de su sistema (153).

Por ello, una vez transcurrido un determinado período de tiempo –variable en función de la gravedad del delito– todo Estado que se proclame «de Derecho» –es decir, toda organización política y jurídica que afirme someter sus poderes al imperio de la ley y garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales– debe renunciar al ejercicio de su potestad sancionadora. Y ha de hacerlo para evitar que el ciudadano permanezca indefinidamente bajo la amenaza de una posible sanción penal, lo que resultaría incompatible con la dignidad humana. La prolongación en el tiempo de la incertidumbre derivada de una posible reacción penal puede afectar negativamente al desarrollo personal y a la planificación vital del individuo. Pero ello no afecta a la finalidad de la pena, que sigue siendo necesaria. La prescripción evita, más bien, una indeseable instrumentalización del individuo a costa de los fines preventivos de la pena (154).

IX. LA PRESCRIPCIÓN COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA PENA DE FUNDAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Como es sabido, la realización del injusto culpable constituye un requisito indispensable, pero no suficiente, para afirmar la responsabilidad penal. Es preciso, además, que concurran otros requisitos materiales que exige el legislador, y que, a falta de poder ubicarse en el injusto o en la culpabilidad, se reconducen a esa categoría denominada «punibilidad» –o penalidad, o merecimiento o necesidad de pena–. Su condición como elemento estructural del delito sigue siendo objeto de debate doctrinal, y su fundamento responde a consideraciones diversas: razones de política criminal, de oportunidad, de política jurídica o incluso de

(153) Por ese motivo, afirma Pedreira González (*La prescripción de los delitos y de las penas, Doctrina y jurisprudencia*, *op. cit.* p. 153): «No es casualidad, insistimos, que el mayor avance en esta materia haya venido de la mano de la legislación revolucionaria francesa, como tampoco es algo accidental que los grandes retrocesos en la misma hayan tenido una raíz antiindividualista y autoritaria. Puede decirse, sin duda, que en la regulación de la prescripción se encuentra uno de los bancos de prueba fundamentales para medir la fortaleza de un Estado democrático de Derecho».

(154) Respecto a la prohibición de instrumentalización de la persona, Véase Tomás-Valiente Lanuza, C.: «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 102, septiembre-diciembre 2014, pp. 184 y ss.

inconveniencia de la intervención penal. Se ha sostenido así que en la punibilidad confluyen intereses extrapenales a los que el legislador otorga preeminencia sobre los fines estrictamente punitivos.

Entre los autores que desarrollaron esta concepción destaca Bloy, cuyas reflexiones, si bien no tratan expresamente la cuestión de la prescripción, pueden aplicarse con plena pertinencia a dicha institución (155).

Según Bloy, algunas disposiciones del ordenamiento penal responden a intereses sociales más amplios que los estrictamente penales. Estas normas, al priorizar finalidades extrapenales –como intereses económicos, políticos, internacionales, etc.– operan como verdaderos obstáculos a la punibilidad. Su función consiste en equilibrar las exigencias de la tutela penal con otras necesidades del orden jurídico y social, lo que da lugar a una suerte de «compensación» entre los intereses en conflicto.

De este modo, el Derecho penal no puede entenderse como un sistema cerrado, autosuficiente o aislado («un microcosmos»), sino que se encuentra necesariamente vinculado a otras ramas del Derecho. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de límites a la punibilidad son la extraterritorialidad (de raíz internacional), la inviolabilidad o inmunidad (propias del Derecho constitucional), o el derecho de gracia (también de naturaleza constitucional).

Estas instituciones, aunque producen efectos directamente relevantes en el ámbito penal, no se fundamentan en categorías típicamente penales como el injusto o la culpabilidad. Se sitúan, por tanto, en una zona intermedia –una especie de «tierra de nadie»– entre el Derecho penal y los campos jurídicos de los que proceden. Su ambigua ubicación explica que, al incorporarse al sistema penal, no funcionen como verdaderos elementos estructurales del delito.

En definitiva, los límites a la punibilidad basados en intereses extrapenales no configuran un «tercer elemento» del delito, sino que actúan como moduladores de la respuesta penal. No alteran el juicio de desvalor sobre el hecho o el autor –es decir, no niegan que exista delito– pero impiden o condicionan su castigo por razones superiores o concurrentes valoradas por el ordenamiento.

Esta teoría fue continuada y desarrollada por Wolter (156), quien se pronunció a favor de incluir causas de exclusión o de levantamiento

---

(155) BLOY, R.: *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Duncker & Humbolt, Berlín, 1976.

(156) WOLTER, J.: «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem», en *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, Decker, Heidelberg, 1999, pp. 276 y ss.

de pena con fundamento jurídico-constitucional, entre las que se encontraría la conculcación de la dignidad de la persona.

Así, por un lado, existen intereses extrapenales que pueden prevalecer en la ponderación frente al interés punitivo. Por ejemplo, se incluyen aquí el principio de reciprocidad entre Estados en relación con delitos cometidos contra altos dignatarios, que refleja cómo se otorga prioridad a finalidades de política exterior frente a la persecución penal. Otro caso ilustrativo es el de las medidas de regularización fiscal, donde el interés económico se impone sobre la necesidad de castigo.

Por otro lado, existen causas constitucionales que imponen una exclusión obligatoria de la punibilidad, basada en el mandato de respeto al núcleo esencial de los derechos fundamentales vinculados con la dignidad humana. Esta dignidad constituye el presupuesto mínimo que permite legitimar el ejercicio del *ius puniendi*.

Wolter enmarca dentro de esta categoría supuestos en los que decae el derecho del Estado a imponer una pena como consecuencia de vulneraciones graves de derechos fundamentales: la compensación por una prisión preventiva excesivamente prolongada, la injerencia excesiva del agente provocador que afecta a la dignidad de la persona, la obtención de pruebas mediante tortura durante la fase de investigación, o el uso de técnicas de ingeniería genética para acceder ilícitamente al perfil genético del investigado (157). Asúa Batarrita, que continuó con el desarrollo de esta teoría, propuso añadir a esta categoría las dilaciones indebidas (158). Y posteriormente, ha sido Pedreira González quien ha planteado la inclusión de la prescripción dentro de este grupo de límites constitucionales (159), propuesta con la que coincidimos plenamente, si bien proponemos limitar su fundamentación exclusivamente al principio de dignidad, concebido como el derecho a la libre construcción de la personalidad, que comprende la capacidad de adoptar decisiones autónomas sobre la propia identidad y el proyecto de vida.

En la actualidad, la prescripción penal no se justifica por la inexistencia de necesidad de pena ni por la inviabilidad de alcanzar los fines del proceso penal. Su fundamento radica más bien en consideraciones de índole constitucional, aunque sus efectos se proyectan principal-

(157) *Ibidem*, p. 41 y ss.

(158) Asúa Batarrita, A.: «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional», *en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 237-244.

(159) Pedreira González, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las penas, Doctrina y jurisprudencia*, *op. cit.,* p. 155.

mente sobre la pretensión punitiva del Estado. Según esta perspectiva, desde un enfoque estricto de política criminal, la imposición de una pena seguiría siendo legítima y realizable mediante un proceso con todas las garantías. Sin embargo, el orden constitucional impone límites a esa potestad, al considerar que, en un Estado democrático de Derecho resulta inaceptable mantener indefinidamente la incertidumbre de la reacción penal sobre la persona.

Por lo tanto, podemos afirmar que la prescripción constituye una institución material o sustantiva, pero de fundamento jurídico-constitucional y que opera como causa de exclusión de la pena. Ese fundamento es el respeto a la dignidad de la persona, que se erige como obstáculo a la pretensión punitiva del Estado de imponer una pena necesaria. Constituye, pues, una manifestación de las tensiones existentes entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico como un todo, que exigen la imposición de limitaciones recíprocas entre los intereses opuestos. En la prescripción del delito y de la pena, el Derecho penal sacrifica sus fines para que el Derecho constitucional alcance los que le son propios.

Como hemos señalado, durante largo tiempo se entendió que la naturaleza penal o procesal de la prescripción, derivada de su fundamentación, determinaba cuestiones tan relevantes como el hecho de si debía o no apreciarse de oficio o si un aumento en el plazo de la prescripción podía aplicarse con efectos retroactivos a delitos ya cometidos. Estas cuestiones, que sin duda tienen interés en el ambiente en el que nos encontramos de reforma legislativa *contra reo* en los delitos sexuales sobre menores, se entienden hoy en día superadas, tanto por el hecho de que la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE se refiere a toda disposición desfavorable o restrictiva de derechos individuales, como por constituir la prescripción una cuestión de orden público, lo que determina que deba apreciarse de oficio. Por tanto, el cambio en la concepción del fundamento de la prescripción y la defensa de su carácter sustantivo, derivada de su naturaleza jurídico-constitucional, en nada altera estas consecuencias.

Además, ese fundamento constitucional casa con la construcción escalonada de la prescripción en función de la gravedad del delito y explica satisfactoriamente, al tratarse de un argumento supra-penal, que la prescripción exista en otras ramas del ordenamiento.

Por lo demás, una fundamentación como la que aquí se mantiene resulta coherente con el hecho de que los Estados de Derecho hagan suyo el respeto a esta institución y con la circunstancia de que sirva como termómetro para medir la liberalidad del Estado. La prescripción

así entendida constituye, precisamente, una manifestación del Derecho penal moderno, que se caracteriza, diciéndolo con Silva Sánchez, no en lo «penal», que ha existido siempre, sino en ser «Derecho», es decir, «en la juridificación del fenómeno punitivo, en el sometimiento del mismo al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico» (160).

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Asistimos, en los últimos tiempos, a una auténtica cruzada contra la prescripción, alimentada por el debilitamiento de su fundamentación tradicional y por la percepción, cada vez más extendida, de que las razones que en otras épocas justificaron su existencia han quedado obsoletas.

En este contexto, los delitos sexuales cometidos sobre menores se han convertido en el terreno fértil donde ha prosperado una tendencia legislativa de marcado tinte populista y antigarantista.

Ante un panorama como este, en el presente trabajo hemos defendido que el fundamento de la prescripción no puede buscarse en la falta de necesidad de la pena o en razones vinculadas con los objetivos del proceso penal, sino en el respeto a la dignidad humana, que actúa como una limitación jurídico-constitucional.

Nos hemos manifestado así en contra de la imprescriptibilidad, no solo por sus propias inconsistencias e incoherencias, sino también por el carácter irrenunciable de la dignidad humana. Consideramos que el objetivo pretendido puede lograrse razonablemente a través de la suspensión del plazo prescriptivo, sin necesidad de recurrir a su eliminación. Ese plazo, desde un entendimiento derivado también de la dignidad de la persona, no debe postergarse más allá de la mayoría de edad de la víctima.

Una vez más se pone de manifiesto que no es posible aspirar simultáneamente a satisfacer todas las exigencias de la justicia material y a preservar un modelo penal caracterizado por sus límites. Toda elección implica una renuncia. Frente a las nuevas tendencias favorables a la eliminación de los plazos de prescripción o al establecimiento de plazos de suspensión desbocados, consideramos que ha de restablecerse una regulación más contenida. El inevitable sacrificio de la punición de ciertos delitos a través de la prescripción no constituye una renuncia del Estado de Derecho, sino que representa, en realidad, una de sus manifestaciones más plenas y elevadas.

---

(160) Silva Sánchez, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch edit., Barcelona, 1992, p. 190.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Abdul Latiff, M.; Fang, L.; Goh, D. A., y Tan, L. J.: «A systematic review of factors associated with disclosure of child sexual abuse», en *Child Abuse & Neglect* 147 (2024), pp. 1-14, disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213423005525?via%3Dihub

Alaggia, R.; Collin-Vézina, D., y Lateef, R.:»Facilitators and Barriers to Child Sexual Abuse (CSA) Disclosures: A Research Update (2000-2016)», Trauma, Violence & Abuse, vol. 20, n.º 2, abril de 2019, pp. 260-283, disponible en https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1524838017697312

Álvarez García, J.: *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.

Asholt, M.: *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2016.

Asúa Batarrita, A.: «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 221-244.

Bacigalupo Zapater, E.: *Derecho penal, Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Banacloche Palao, J.: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», en *Revista de Derecho Procesal*, Edersa, Madrid, 1997-2, pp. 281-320.

Bauer, M.: *Grund und Grenzen der Verfolgungsverjährung im Sexualstrafrecht*, Springer, Berlín, 2025.

Benda, E.: «La salvaguarda de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental)», en Fernández Segado (edit.), *The Spanish Constitution in the European Context*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 1447-1458.

Bloy, R.: *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Duncker & Humbolt, Berlín, 1976.

Cabezas-García, M.; Peña Fernández, M. E., y Andreu Rodríguez, J. M.: «Psychosocial factors associated with the assessment of testimony credibility in Child Sexual Abuse», en *Anales de psicología / Annals of psychology*, 2022, vol. 38, n.º 2 (mayo), pp. 307-315.

Cardenal Montraveta, S.: *La prescripción de la pena tras la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Cerrada Moreno, M., «La naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos», en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá X, 2017, pp. 103-130.

— *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos*, J. M. Bosch edit., Barcelona, 2018.

Cesano, J. D.: «De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas», en *RECPC* 03-05 (2001), disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html4

Cuneo Nash, S., «Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras», *Política Criminal: Revista Electrónica*

Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, vol. 11, n.º 21, julio 2016, pp. 1-20.

— «Pretendidas justificaciones de la cadena perpetua a la luz de las teorías sobre el fin de la pena», en Pérez Álvarez (Dir.): *Propuestas penales. Nuevos retos y modernas tecnologías*, ediciones Universidad de Salamanca, 2016, pp. 721-736.

Esser, R.: «Verjährung der Strafverfolgung - Ein Menschenrecht?», en Hochmayr/Gropp: *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzübershreitende Zusammenarbeit in Strafsachen. Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 37-77.

García Álvarez, P.: «La repercusión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), en la protección reforzada de los menores de edad en el Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022, pp. 1-65.

Garro Carrera, E.: *Paso del tiempo y respuesta penal, Derecho comparado y propuestas de lege ferenda para la regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Gili Pascual, A.: *La prescripción en el Derecho penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2001.

Gimbernat Ordeig, E.: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo», *ADPCP*, 18 (1), 1965, pp. 216-222.

Gómez Martín, V., «Imprescriptibilidad y terrorismo. Quo vademus?», en *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 4, marzo 2013, pp. 12-33.

— *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

— «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más?», en *RECPC* 24-38, 2022, pp. 1-31.

González Cussac, J. L.: «Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales (a propósito de la STC 63/2005)», en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 15, 2005, pp. 1-12.

González Tapia, M. I.: *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003.

González Tascón, M. M.: «Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal», en *Diario La Ley*, n.º 9902, julio 2021, pp. 1-24.

Greco, L.: «Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los 'viejos nazis'», en *ADPCP*, Vol. LXXVI, 2023, pp. 9-32.

Gutiérrez Gutiérrez, I.: «Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional», *AFDUAM* 16, 2012, pp. 91-108.

HOCHMAYR, G.: «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», en HOCHMAYR/ GROPP (Dirs.), *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen. Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 575-704.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «¿Cuándo se interrumpe la prescripción de un delito?», en *Almacén de Derecho*, 6 de Mayo de 2020, disponible en https://almacendederecho.org/cuando-se-interrumpe-la-prescripcion-de-un-delito

LOWE, R.: «Extending Statutes of Limitations for Victims of Child Sexual Abuse Based on the Developmental Model and International Law», en *Boston University Public Interest Law Journal,* vol. 24, n.º 1, 2015, pp. 27-52.

MCELVANEY, R., MOORE, K., O'REILLY, K., TURNER, R., WALSH, B. y GUERIN, S.: «Child sexual abuse disclosures: Does age make a difference?», en *Child Abuse & Neglect*, 99, 2020, pp. 1-10.

MCKIBBIN, G., HUMPHREYS, C. y HAMILTON, B.: «Talking about child sexual abuse would have helped me: Young people who sexually abused reflect on preventing harmful sexual behavior», *Child Abuse & Neglect*, 70, 2017, pp. 210-221.

MERKEL, R.: «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik «, en *JZ*, vol. 54, n.° 10, 1999, pp. 502-511.

MIR PUIG, C.: «Prescripción del delito: doctrina jurisprudencial; problemática de la nueva regulación», en *Foro FICP*, n.º 2013-1 (mayo), pp. 234-255.

MORILLAS CUEVA, L.: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, 1980.

ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 10.ª ed., Valencia, 2023.

PARRA NÚÑEZ, F.: «Una breve historia sobre la (im)prescriptibilidad penal», *Revista de estudios histórico-jurídicos,* Valparaíso, n.º 44, 2022, pp. 849-878.

PASTOR, D. R.: «La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo», *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, 2010, pp. 641-653.

PASTOR ALCOY, F.: «La prescripción de los delitos y faltas. Análisis jurisprudencial», en *RGD*, n.º 588, 1993, pp. 8151-8183.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

PEREDA, N.; ABAD, J., y GUILERA, G.: «Lifetime prevalence and characteristics of child sexual victimization in a community sample of Spanish adolescents», *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(2), 2016, pp. 142-158, disponible en: https://doi.org/10.1080/10538712.2016.1123791

PEREDA BELTRÁN, N. y GÓMEZ MARTÍN, V.: «La prescripción de delitos sexuales con niños víctimas: un análisis multidisciplinar», Repositorio del Departamento de Justicia y Calidad Democrática, Centro de Estudios jurí-

dicos y Formación especializada*,* Barcelona, 2018, pp. 1-71, disponible en: https://repositori.justicia.gencat.cat/bitstream/handle/20.500.14226/329/delictesSexuals_ES.pdf?sequence=5&isAllowed=y

PUENTE RODRÍGUEZ, L.: «En defensa de la prescripción del delito. Una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad», *RECPC* 24-30 (2022), pp. 1-35, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-30.pdf

QUINTERO OLIVARES, G.: «El tiempo y el derecho penal: legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad y prescripción del delito», en *Estudios jurídicos*, publicaciones del Ministerio de Justicia, pp. 593-626, disponible en: https://www.cej- mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/6596

— «La nueva regulación de la prescripción del delito», en Álvarez García/González Cussac (Dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 169-180.

— «La posibilidad de prescribir como regla», en *Almacén de Derecho*, 31 de octubre de 2023, https://almacendederecho.org/la-posibilidad-de-prescribir-como-regla.

RAGUÈS I VALLÉS, R.: *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.

— «La prescripción de los abusos sexuales infantiles ¿ni olvido ni perdón?», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 132, 2020, pp. 67-90.

ROLLA, G.: «Il principio della dignità umana. Dall'artículo 10 della Constituzione spagnola al nuovo constituzionalismo iberoamericano», en FERNÁNDEZ SEGADO (edit.), *The Spanish Constitution in the European Context*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 1459-1476.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch edit., Barcelona, 1992.

— «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661-692.

— «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor"», en García-Pablos de Molina (Ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Comares, Granada, 2009, pp. 149-171.

— *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 102, septiembre-diciembre 2014, pp. 167-208.

TORRES ROSELL, N.: «Menores víctimas y prescripción del delito: análisis jurídico y político-criminal de la reforma legal en España (LO 8/2021, de 4 de junio)», *Polít. Crim*., Vol. 17, n.º 34, diciembre 2022, pp. 538-566.

WOLTER, J.: «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem», en *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Eine*

Evolución, regulación y tipicidad de las insolvencias punibles: un análisis desde el Derecho Penal

DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO

Profesor Titular Derecho Penal
UNED

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende mostrar cómo ha evolucionado el tratamiento de las insolvencias en la norma penal a lo largo del tiempo, significando la reforma de 2015 un cambio de paradigma al crear ex novo *la categoría de delitos de frustración de la ejecución, separándose éstos de la tradicional regulación conjunta con las insolvencias punibles. De otro lado, se analizará también el bien o bienes jurídicos protegidos por las conductas típicas de los delitos de insolvencias punibles, así como las distintas modalidades típicas previstas en la vigente norma penal. Y todo ello con una aportación dogmática, jurisprudencial y personal sobre algunos de sus elementos y conductas típicas.*

Palabras clave: *insolvencia; crédito; deudor; acreedor; concurso de acreedores; favorecimiento de acreedores; frustración de la ejecución.*

ABSTRACT

This paper aims to show how the treatment of insolvency in criminal law has evolved over time. The 2015 reform represented a paradigm shift by creating ex novo the category of crimes of frustration of execution, separating these from the traditional joint regulation with punishable insolvency. Furthermore, the legal asset or assets protected by the typical conduct of punishable insolvency offenses will also be analyzed, as well as the different typical modalities provided for in the current criminal

law. All of this will include dogmatic, jurisprudential, and personal contributions on some of its elements and typical conduct.

Keywords: *insolvency; credits; debtor; creditor; bankruptcy; favoring creditors; thwarting an execution.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Sobre el concepto de insolvencia.–III. Evolución histórica de la regulación de las insolvencias punibles en el Código Penal.–IV. Determinación del bien jurídico protegido en los delitos de insolvencias punibles.–V. Tratamiento penal de las insolvencias punibles en la actualidad. Las conductas típicas. 1. El subtipo básico del artículo 259.1 CP. Las conductas irregulares en estado de insolvencia actual o inminente. 2. El subtipo básico del artículo 259.2 CP. La insolvencia causada por el deudor. 3. El tipo específico de favorecimiento ilícito de acreedores. 3.1 El favorecimiento preconcursal del artículo 260.1 CP. 3.2 El favorecimiento postconcursal del artículo 260.2 CP. 4. El tipo específico de presentación de datos falsos en el procedimiento concursal. El artículo 261 CP.–VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

No puede abordarse el fenómeno de la insolvencia sin acercarnos al ámbito mercantil, que ha servido de base en su concepción primigenia, y en el que tradicionalmente la doctrina mercantilista ha concebido la insolvencia (1) como una insuficiencia de bienes producida como consecuencia de la existencia de un desequilibrio en el patrimonio del deudor, en virtud del cual los acreedores pueden no ver satisfecho su crédito o créditos. Esto es lo que se conoce como un estado de insolvencia patrimonial permanente, o insolvencia real o definitiva, en el que el activo exigible es inferior al pasivo realizable, fruto del desequilibrio patrimonial producido. Pero también puede suceder que el activo existente resulte igual o superior al montante del pasivo y, a pesar de ello, el pago de las deudas al momento de exigibilidad de la deuda no se va a realizar por razones de inexistencia de liquidez. Esta situación puede obedecer, en esencia, a dos escenarios muy dispares

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento, «Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global» (PID2022-138796NA-I00), al amparo del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

entre sí: en primer lugar, la existencia de una insolvencia parcial y con carácter provisional del patrimonio del deudor, que nada impedirá la posterior satisfacción de los créditos de los acreedores habida cuenta de la acreditada situación económica positiva en general –situación ajena al Derecho penal–; y, en segundo lugar, la existencia de la denominada insolvencia transitoria o aparente, situación que se produce en aquellos supuestos de ocultación de bienes en los que, aunque el patrimonio del deudor es lo suficientemente amplio como para satisfacer las deudas contraídas, el acreedor no puede ver satisfecho su crédito por la existencia de una insolvencia fraudulenta, a través del engaño. Es este escenario el que concierne al Derecho penal.

Ciertamente, la insolvencia será punible cuando el deudor realiza ciertos movimientos en su patrimonio dirigidos a eludir las obligaciones contraídas con sus acreedores, los cuales se ven perjudicados. O, en otras palabras, cuando el deudor realiza actos fraudulentos contrarios a los intereses de sus acreedores.

En realidad, la insolvencia ha de ser intencionada, buscada por el propio deudor, para que active la maquinaria del Derecho penal. Dentro de esta intencionalidad traducida a modo de defraudación, y más allá de la distinción relativa a la insolvencia total o parcial (2), definitiva o provisional, real o aparente, jurídica o fáctica, lo determinante será que los acreedores puedan o no encontrar bienes suficientes para garantizarse el cobro de sus créditos u obligaciones económicas.

Tanto los delitos de frustración de la ejecución (artículos 257 a 258 ter del Código Penal), como los de insolvencia punible (artículos 259 a 261 bis), parten de un mismo presupuesto, y es que conforme establece el artículo 1.911 del Código Civil, «el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes o futuros». Un deudor debe cumplir con sus obligaciones de pago, de manera voluntaria, y, de no hacerlo, debe asumir las consecuencias de un proceso de ejecución para que el acreedor pueda ver satisfecho su derecho al crédito. Y, en el caso de que no existiesen bienes suficientes del deudor para responder por el montante de la deuda contraída, se establece un proceso concursal que resuelva su crisis económica o insolvencia. Ahora bien, si se trata de un comportamiento del deudor que actúa de mala fe, podrían concretarse dos conductas básicas, a saber: «ocultar o deshacerse fraudulentamente de los bienes con los que debería responder de las obligaciones de pago contraídas con uno

(2) En realidad, la distinción entre insolvencia total o parcial debe carecer de sentido en el ámbito penal, toda vez que la tipicidad de estas figuras delictivas se basan en la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus deudas. Basta con que sea insolvente en unas obligaciones, pese a que pueda atender algunos créditos pero otros no.

o varios acreedores, a fin de frustrar las legítimas expectativas de cobro de éstos, o hacer ineficaz, mediante actuaciones fraudulentas, aquel proceso de ejecución que el acreedor inste contra sus bienes; y, por otro, alterar, mediante actuaciones fraudulentas, la aplicación de las reglas jurídicas que disciplinan los casos de solución judicial (en el correspondiente procedimiento concursal) de la crisis económica (*«insolvencia o bancarrota»* dice el apartado XVI del Preámbulo de la LO 1/2015) del deudor» (3).

Para dar solución jurídica y práctica a las situaciones de insolvencia, se diseña un procedimiento especial: el concurso de acreedores. Este procedimiento (4) pretende evitar, de una parte, la despatrimonialización del deudor y, por otra, optimizar el valor patrimonial del deudor insolvente en aras de conservar la empresa o unidad productiva. La declaración civil de concurso constituye un acto procesal por el que la situación fáctica –de hecho– de la insolvencia adquiere la categoría jurídica de concurso, con los presupuestos y requisitos estipulados en la Ley Concursal.

Conviene también advertir, en este sentido, que las ejecuciones individuales suelen producir una desorganización en el patrimonio del deudor, y afectan a su capacidad productiva, de manera que los acreedores posteriores se verán dificultados para obtener satisfacción en el cobro de sus deudas (5). Es por ello por lo que, para paliar tales efectos negativos, la satisfacción individual se sustituye por la satisfacción colectiva en el procedimiento concursal, en el que, bajo la tutela judicial, los créditos de los acreedores se identifican convenientemente, se clasifican conforme a criterios legales y se satisfacen con arreglo al principio de paridad de trato o de comunidad de pérdidas (6). En síntesis, la situación de insolvencia actual o inminente no descansa en el libre ámbito organizativo de cada empresario, y tampoco existe una autorregulación del propio mercado. Le corresponde al Estado, en atención a la transcendencia social de tales supuestos de crisis económica o insolvencia individual, diseñar una regulación específica para

(3) *Cfr.* Mestre Delgado, E.: «La frustración de la ejecución y las insolvencias punibles», en Fernández Bermejo, D., Mallada Fernández, C. (Dirs.): *Delincuencia Económica.* Aranzadi, Navarra, 2018, p. 145.

(4) Acerca de un análisis exhaustivo relativo a la normativa concursal, *Vid.* Sánchez Dafaude, M.: *Estudio crítico sobre el delito concursal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

(5) *Vid.* Rojo, A., Beltrán, E.: «El concurso de acreedores», en Menéndez, A./Rojo, A. (Dirs.): Lecciones de Derecho mercantil, vol. II, 16.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2018, p. 480.

(6) *Vid.* Rojo, A., Beltrán, E.: Últ. op. y *loc. cit.*

la referida ordenación procedimental que ofrezca una solución económica en todos los casos (7).

Puede afirmarse que se justifica la intervención del Derecho penal en la protección del sistema crediticio, en su vertiente más álgida, a modo de intervención como *última ratio*. Así, el reproche penal queda reservado a la sanción de todas aquellas conductas o actuaciones que revistan carácter fraudulento y que supongan un plus de gravedad en la situación de insolvencia ocasionada, en perjuicio económico a los acreedores como ente colectivo –no individual–, para mantener la estabilidad y el correcto funcionamiento del tráfico crediticio, configurado como un bien jurídico (8) colectivo fundamental para lograr los valores de un Estado social y democrático de Derecho.

Ciertamente, conviene apuntar que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el Código Penal, mantuvo los mimbres principales de la tradición histórica punitiva en cuanto a la regulación de los delitos de insolvencias punibles se refiere, pero se acometió una profunda reforma del contenido que, en esencia, permanecía inalterada desde el Código Penal de 1870. En este sentido, la reforma penal que tuvo lugar en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introdujo un nuevo precepto, el artículo 261 bis, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y posteriormente, la LO 1/2015, de 30 de marzo, abordó una reforma trascendental en materia de las insolvencias punibles, generándose una profunda remodelación estructural y de su regulación sistemática. Se produjo, por tanto, una separación del Título XIII en los capítulos VII y VII bis, dedicándose el primero de ellos a la «Frustración de la ejecución» (artículos 257-258 ter CP) e incluir en su contenido el delito de alzamiento de bienes –que había estado estrechamente ligado hasta la fecha a las insolvencias punibles–, y otras dos nuevas figuras delictivas (*«ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad»*); y dedicándose el segundo capítulo a «las insolvencias punibles» (artículos 259-261 bis). Aquí se introduce el mal denominado «nuevo delito de concurso

(7) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal.* Dykinson, Madrid, 2016, p. 441.

(8) No fue pacífica la denominación del Título XIII al no especificar cuál de sus figuras delictivas debían considerarse atentatorias del patrimonio y cuáles del ámbito socioeconómicos, o si, pudiera considerarse que las mismas tenían una naturaleza mixta.

punible o bancarrota» (9), que se configura como un delito de peligro; y un tipo agravado para los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad o bien deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Empero, la redacción vigente resulta un tanto compleja y confusa, adelantando la intervención penal al considerar delito de insolvencia ciertas conductas previas a la declaración del concurso que encajaban, y siguen encajando, en los ahora delitos de frustración de la ejecución. Es por ello por lo que se pretende analizar la redacción penal de las insolvencias punibles partiendo de su evolución conceptual y normativa, además de analizar las modalidades delictivas con una generosa aportación de comentarios, criterios de interpretación doctrinales y jurisprudenciales para poder comprender, con mayor precisión, la esencia y aplicación práctica de la regulación vigente de las insolvencias punibles en un Estado social y democrático de derecho, como es el español.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA

Etimológicamente se considera que el vocablo «insolvencia» proviene de la expresión latina «in» prefijo que denota negación o privación, y «solvere», que significa solucionar o resolver (10). Así pues, «insolvente» sería aquel que no resuelve o no soluciona algo, pero la palabra en sí misma no comporta ninguna relación con una deuda o crédito.

Un primer acercamiento al concepto de insolvencia, lleva a definirla como el estado patrimonial en que se encuentra el deudor que no puede hacer frente a las obligaciones contraídas con sus acreedores. La Real Academia Española, por su parte, define la insolvencia como una «falta de solvencia, incapacidad para pagar una deuda» (11).

Para algunos autores la insolvencia ha de ser entendida conforme a lo establecido en la Ley Concursal vigente, mientras que otro sector

(9) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «La frustración de la ejecución…», *op. cit.* p. 145. El artículo 259.1 CP pasa a regular lo que con anterioridad se conocía como «bancarrota», y que la doctrina segregaba en fraudulencias patrimoniales, documentales y favorecimiento de acreedores. *Vid.*, por todos, Viladàs Jené, C.: *Los delitos de quiebra. Norma jurídica y realidad social.* Península, Barcelona, 1982, p. 60.

(10) Sobre la evolución de la regulación de las insolvencias fraudulentas en nuestro ordenamiento jurídico, desde el derecho romano hasta la actualidad, realizando una exégesis bastante detallada, *Vid.* Ruiz Blay, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales del delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015.* Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, pp. 153 y ss.

(11) *Cfr.* Diccionario de la RAE: https://dle.rae.es/insolvencia?m=form. (Consultado el 13 de enero de 2025).

considera que debe tratarse la insolvencia como un concepto autónomo y desligado del concepto mercantil (12). Pero vayamos por partes.

En el ámbito mercantil, tradicionalmente la doctrina mercantilista concebía la insolvencia como una insuficiencia de bienes que se producía como consecuencia de la existencia de un desequilibrio en el patrimonio del deudor, en virtud del cual los acreedores pueden no ver satisfecho su crédito o créditos. Esto es lo que se conoce como un estado de insolvencia patrimonial permanente, o insolvencia real o definitiva, en el que el activo exigible es inferior al pasivo realizable, fruto del desequilibrio patrimonial producido. Pero también puede suceder que el activo existente resulte igual o superior al montante del pasivo y, a pesar de ello, el pago de las deudas al momento de exigibilidad de la deuda no se va a realizar por razones de inexistencia de liquidez. Esta situación puede darse en virtud de escenarios distintos: el primero de ellos, cuando se produce una posición de insolvencia parcial y provisional sobre el patrimonio del deudor, que no supondrá obstáculo para que ulteriormente los acreedores vean satisfechos sus créditos –habida cuenta de que *quantum* del activo es superior al del pasivo–. E incluso cuando hallemos situaciones de insolvencia parcial y permanente, o insolvencia total y parcial, o total y permanente, no encontraría amparo penal. Es indiferente la conjugación que se quiera realizar entre las distintas categorías de insolvencia y su carácter de temporalidad, ya que, si las situaciones descritas referidas al estado de insolvencia si no van acompañadas de una actuación fraudulenta por parte del sujeto activo, dirigida a ocultar, perjudicar o engañar a sus acreedores, tales actuaciones no encontrarían cobertura en el *ius puniendi.* Es aquí donde emerge un segundo escenario, que sí resultaría sancionable penalmente, conocido como estado de insolvencia transitoria o aparente (13), que tiene lugar, como digo, en supuestos de ocultación de bienes en los que, aunque el patrimonio del deudor es lo suficientemente amplio como para satisfacer las deudas contraídas, el acreedor no puede ver satisfecho su crédito por la creación del deudor de una insolvencia fraudulenta (14).

La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, hoy derogada, ya contempló ambos tipos de insolvencia; y el Real Decreto Legisla-

(12) Entre otros, *Vid.* Alonso Ferreras, B.: «La insolvencia en el derecho penal concursal y el concepto de crisis económica como complemento de la misma», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, 2013, p. 73.

(13) *Vid.* Uría González, R.: *Derecho mercantil*, 28.ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 1017.

(14) *Vid.* Martínez- Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa.* 6.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 57.

tivo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal vigente, en su artículo 2.2 ofrece un concepto conciso de insolvencia, definiéndola como el estado del deudor «que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», por lo que, desde la óptica concursal, la insolvencia requiere que las deudas resulten exigibles –vencidas– o, al menos, que vayan a serlo en el corto plazo –previsible próximo vencimiento–. Y es que al deudor en situación de insolvencia inminente (15) ni siquiera se le considera insolvente a los efectos de permitir a los acreedores solicitar la declaración de concurso necesario. Así, la condición del deudor en situación de insolvencia inminente lo que permitirá no será otra cosa que la posibilidad de adelantar la solicitud de concurso voluntario.

Pues bien, haciendo eco de las palabras de Faraldo Cabana (16), «la insolvencia impide mantener el sistema de las ejecuciones individuales de los acreedores. El motivo de este sistema se basa en el principio de la prioridad en el tiempo de embargo *(prior tempore potior iure),* lo que favorecería a los acreedores más rápidos, mejor informados o más astutos en perjuicio de los demás, que se quedarían sin bienes para embargar. Por ello, las ejecuciones individuales se sustituyen por un procedimiento colectivo que tutela los intereses de todos los acreedores, sobre la comunidad de pérdidas y del tratamiento igualitario *(par conditio creditorum).* Y este procedimiento es el concurso de acreedores.

Así, puede definirse el concurso de acreedores como aquel «procedimiento judicial por el cual se procura que un deudor en situación de insolvencia reestructure su negocio, si hay posibilidad de salvarlo, o satisfaga ordenadamente sus deudas, si no la hay. Para ello, se limitan sus facultades de administración y se nombra una administración concursal, con facultades más o menos amplias. Para el pago de las deudas se establece un orden de prelación de créditos: tienen priori-

(15) Conforme al artículo 2.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, señala que «la insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones». En consecuencia, podrá ser declarado en concurso el deudor que tenga obligaciones que todavía no se encuentren vencidas o no sean exigibles, pero que es consciente que dentro de los tres meses siguientes no podrá satisfacerlas.

(16) *Cfr.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles», en González Cussac, J.L. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico,* Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2025,p. 760.

dad los créditos contra la masa, a continuación, los créditos privilegiados y, por último, los subordinados» (17).

En este sentido, podemos afirmar que el estado de insolvencia se compone de tres elementos: en primer lugar, es insolvente quien no puede cumplir con sus obligaciones –cualquiera que sea la causa de esa incapacidad–; en segundo lugar, la imposibilidad de cumplimiento ha de ser regular y, por último, la incapacidad de cumplir regularmente debe referirse a obligaciones exigibles. Esta última variable permite concretar el momento exacto en el que el deudor se encontrará en estado de insolvencia (18), es decir, el momento en que se podrá considerar que existe una insolvencia actual (19).

Y en cuanto al ámbito penal se refiere (20), que es el que aquí interesa, puede afirmarse que en España no existe la prisión por deudas (21), habida cuenta que no se castiga el mero impago de una deuda o crédito. Ni en los Códigos anteriores ni en la actualidad, la norma punitiva no ha recogido una protección penal al simple hecho de deber dinero. En cambio, lo que constituye un ilícito penal es una acción u omisión que añade un desvalor específico, esto es, «cometer fraude para perjudicar los legítimos derechos de crédito de terceros, o para hacer ineficaces los instrumentos mercantiles, o los procedimientos judiciales establecidos para garantizar el cobro de lo debido» (22). Por tanto, la insolvencia punible vendrá constituida por aquella conducta delictiva que se produce cuando el deudor realiza ciertos movimientos en su patrimonio para eludir las obligaciones contraídas con sus acreedores. Dicho de otro modo, cuando el deudor realiza actos fraudulentos en perjuicio de los intereses de sus acreedores. En cambio, el

(17) *Cfr.* Faraldo Cabana, P.: Últ. op. y *loc. cit.*

(18) Sobre los presupuestos del concurso, *Vid.* Espigado Guedes, D., Vázquez Gutiérrez, E.: «La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso y del alzamiento de bienes», en *Diario La Ley,* n.º 9687, Sección Doctrina, 2 de septiembre de 2020, pp. 5-14.

(19) *Vid.* Rojo, A., Beltrán, E.: «El concurso de acreedores…», *op. cit.*, p. 495.

(20) Acerca del concepto jurídico penal de la insolvencia, de manera amplia, *Vid.* Gutiérrez Pérez, E.: *Alzamiento de bienes e insolvencias punibles.* Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2020, pp. 330 y ss.

(21) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 –Real Decreto de 3 de febrero–, ya no la recogía. Al respecto, *Vid.* Souto García, E.: *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 24. Acerca de este fenómeno de condenas por deudas, si bien referido a la frustración de la ejecución y no a las modalidades de insolvencias punibles, *Vid.* Ruano Mochales, T.: «Los delitos de frustración de la ejecución frente a la prisión por deudas», en *Cuadernos de Política Criminal,* n.º 136, 2022, pp. 165-206.

(22) *Cfr.* Mestre Delgado, E.: «La frustración de la ejecución…», *op. cit.*, pp. 144 y 145.

Código Penal actual no incluye una definición como tal de las insolvencias punibles, pero sí referencia una extensa tipificación de las conductas delictivas que se ofrecen en estos delitos.

En este sentido, para Bajo Fernández (23) la insolvencia es un estado de hecho y, por tanto, una realidad previa al Derecho desprovista de toda valoración jurídica. En concreto, afirmaba que se trata de una «situación fáctica que muestra un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor» (24). Por su parte, Sánchez Dafaude define la insolvencia, con lucidez, como «la incapacidad patrimonial para dar satisfacción completa a los acreedores a medida que se van produciendo los vencimientos de sus créditos» (25); y Nieto Martín (26) la define como una situación asociada a una incapacidad para satisfacer el pago al acreedor por parte del deudor, propia de una carencia de medios para atender regularmente las obligaciones contraídas.

Pues bien, tal y como manifiesta Bustos Rubio (27), se pueden encontrar, y estoy de acuerdo con él, hasta tres grupos de insolvencia en materia penal. Así, y, en primer lugar, la insolvencia total y parcial, si bien es cierto que esta agrupación ha generado algún rechazo por parte de la doctrina científica, como es el caso de Roca de Agapito (28) y Souto García (29), quienes han planteado que o se es solvente o se es

(23) *Vid.* Bajo Fernández, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial.* Civitas, Madrid, 1978, pp. 151 y ss.

(24) *Cfr.* Bajo Fernández, M.: Últ. *op. cit.*, p. 153.

(25) *Cfr.* Sánchez Dafaude, M.: *Estudio crítico… op. cit.*, p. 35, quien a su vez expone minuciosamente las distintas acepciones de insolvencia contempladas doctrinalmente, en las pp. 35 y ss.

(26) *Vid.* Nieto Martín, A.: *El delito de quiebra.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 162 y ss.

(27) *Vid.* Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 162 y ss. El autor, además, ofrece un exquisito análisis sobre el concepto jurídico penal de la insolvencia, pp. 160 y ss. Sobre este concepto jurídico penal, *Vid.*, también, Gutiérrez Pérez, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia: Delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales.* Aranzadi, Pamplona, 2021, Cap. III; Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, pp. 760 y 761.

(28) *Vid.* Roca de Agapito, L.: «Los delitos de alzamiento de bienes (Examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)», en *Anuario de Derecho Concursal,* n.º 22, 2011, p. 52.

(29) *Cfr.* Souto García, E.: *Los delitos de alzamiento… op. cit.*, pp. 148 y 149, quien ha manifestado que «la insolvencia parcial presupone una *contraditio in terminis,* ya que el deudor o bien puede hacer frente a sus deudas con su patrimonio y entonces no hay insolvencia, o bien no puede, y entonces sí la hay».

insolvente pero no solvente parcial, habida cuenta que no se puede afirmar que alguien sea «poco solvente» a efectos penales. Esta categoría no gozaría de relevancia penal.

En segundo lugar, se encuentra la insolvencia definitiva y la provisional. En este sentido, la definitiva se ha identificado como una insolvencia absoluta, en tanto que la provisional se le asocia un elemento de transitoriedad. Esta categoría tampoco gozaría de relevancia penal para autores como De la Mata Barranco, para quien «o se está en condiciones de cumplir las obligaciones con suficiente activo realizable o no se está. Otra cosa es la mera iliquidez temporal, solucionable, que no afecta a la realización de un activo con el que sí va a poder cubrir la deuda» (30). En este sentido, Gutiérrez Pérez considera que la insolvencia provisional constituye un «oxímoron» (31), y manifiesta que podría estarse ante una situación de insuficiencia (32), pero no de insolvencia cuando nos referimos a la insolvencia parcial. La cuestión no resulta baladí, toda vez que hay consideraciones de peso contrapuestas (33).

---

(30) *Cfr.* De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia», en VV.AA.: *Derecho penal económico y de la empresa.* 2.ª ed. Dykinson, Madrid, 2024, p. 289. En el mismo sentido, Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*, p. 168, sí considera que debería no tenerse en cuenta esta categoría a efectos penales, si bien, esta opinión la enmarca a efectos del presupuesto de insolvencia al que se refiere el artículo 260 CP, la insolvencia provisional, ya que, en puridad, no atiende a «verdaderos estados de insolvencia sino más bien a situaciones de insolvencia puntual o falta transitoria de liquidez (…). Debemos quedarnos, pues, con la que constituya una verdadera situación de insolvencia, más no con aquellas otras situaciones de desbalance o iliquidez transitoria». Y es que para estos casos, podría acudirse a la vía extrapenal alcanzar una solución. *Vid.* Sánchez Dafaude, M.: *Estudio crítico… op. cit.*, p. 36.

(31) *Cfr.* Gutiérrez Pérez, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia… op. cit.*, p. 281,

(32) En este sentido, Gómez Pavón, P.: «Las insolvencias punibles en el Código penal actual», en *Cuadernos de Política Criminal,* n.º 64, 1998, p. 42, ha señalado que la insolvencia se debe distinguir respecto de la insuficiencia o falta de liquidez, pues en este último caso, «aun existiendo bienes en el activo superiores a las deudas, estos no pueden convertirse en dinero sin que por ello se deje de ser solvente». O como atisba Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*, p. 169, «la mera insuficiencia no es, pues, sinónimo de impago, sino de incapacidad de pago (subsanable)».

(33) Así, autores como Roca de Agapito, L.: «Problemas centrales del delito de concurso punible (Artículo 260.1 CP)», en Rojo Fernández Río, A.J., Campuzano Laguillo, A.B.: *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia.* Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 579, sí considera que cobra relevancia la insolvencia transitoria o provisional, ya que si debiera esperar el Derecho penal para intervenir cuando la insolvencia deviene en definitiva, «podría perder gran parte de su eficiencia preventiva». De la misma opinión, *Cfr.* Faraldo Cabana, P.: «Los delitos de insol-

Ciertamente, podríamos determinar, pues es la postura por la que me inclino por ser la más práctica teniendo en cuenta el principio de *última ratio* que impera en nuestro Derecho penal, que la distinción entre insolvencia parcial o total, así como la absoluta o provisional, podrían resultar penalmente irrelevantes a efectos de los delitos de insolvencias punibles. No sucedería lo mismo con la categoría de insolvencia real o aparente, que tendría plenos efectos en la esfera penal sancionadora.

Y la tercera categoría de insolvencia sería la que distingue entre insolvencia real o aparente. En este sentido, la real tiene lugar cuando el deudor genera, con sus actuaciones, una incapacidad en el cumplimiento de sus obligaciones que le son exigibles, estando impedido de recursos para hacer frente al pago de sus deudas, en tanto que en la insolvencia aparente, también denominada ficticia, el patrimonio del deudor sí existe y resulta suficiente para cumplir con sus obligaciones, pero éste oculta sus bienes para que los acreedores no puedan hacer valer sus créditos con el patrimonio de aquel. Se trata, en puridad, de una ilusión fraudulenta del cumplimiento de las obligaciones (34). En este sentido, se tratará de una verdadera insolvencia la ocasionada por el deudor que se ve incapacitado para atender sus obligaciones, así como aquella que se derive de una ocultación fraudulenta o ficticia del patrimonio por parte del deudor (35).

---

vencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal», en Estudios Penales y Criminológicos, n.º 24, 2004, p. 285, que considera que, si bien la insolvencia total es muy grave, la parcial o provisional, aun siendo menos grave, debe ser atendida por el *ius puniendi,* ya que «impide mantener el sistema de las ejecuciones individuales de los acreedores». También, *Vid.* Souto García, E.: *Los delitos de alzamiento… op. cit.*, pp. 152 y 153, quien pretende evitar alusiones relativas a situaciones que son constitutivas de una verdadera insolvencia frente a otras que no lo son.

(34) *Vid.* Gutiérrez Pérez, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia… op. cit.*, p. 291; Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*, pp. 169 y ss.

(35) *Vid.*, por todos, González Cussac, J.L.: *Los delitos de quiebra.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 40; De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 289; Gutiérrez Pérez, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia… op. cit.*, p. 312; Bustos Rubio, M.: «Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible», en *Revista de Derecho y Proceso Penal,* n.º 50, 2018, pp. 205 y ss.; del mismo: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*, pp. 174 y 175. Ahora bien, señala este autor, en esta última cita, que en los artículos 259 a 261 bis CP, relativos a las insolvencias punibles, se dirigen a «sancionar conductas de un deudor que planean sobre un estado de insolvencia real, no figurada ni simulada fraudulentamente, en supuestos en los que ese sujeto deudor no se atiene a un cierto deber de diligencia en la gestión de sus asuntos económicos».

Así las cosas, en opinión de Bajo Fernández, el concepto de insolvencia no abarcaría (36) los supuestos de falta de liquidez, sino solo aquellos en los que no existen activos realizables suficientes, como se ha expuesto, lo que conllevaría a que los acreedores no podrían satisfacer su crédito. Este autor (37) identifica la insolvencia con lo que los mercantilistas denominan «insolvencia definitiva». En este sentido, el Derecho penal intervendría en los supuestos de insolvencia definitiva y, sólo excepcionalmente, sancionaría la falta de liquidez –insolvencia provisional–, cuando el deudor la haya provocado para obstaculizar la realización del derecho de cobro de sus acreedores (38), y, de ser el caso, también para los supuestos de concursos iniciados por una situación de insolvencia transitoria (39).

Por lo tanto, la insolvencia ha de ser intencionada, buscada por el propio deudor, para que active la maquinaria del Derecho penal, guardando las distancias tras la previsión de la modalidad imprudente, como se verá. Ciertamente, Maza Martín (40) consideraba que «nos movemos en el ámbito de las defraudaciones, en las que obligadamente, cierta forma de engaño ha de estar presente aunque no desempeñe el papel rector de la acción que ostenta en la estafa (…). Es una insolvencia a la que se llega a causa de una concreta conducta fraudulenta del deudor y, a partir de la vigencia del nuevo Código penal, siempre intencionada en este sentido (…)». En sentido similar Gómez Pavón (41) sostiene que lo sancionable es la situación de insolvencia lograda mediante el ocultamiento, provocación o la agravación de la insolvencia mediante la realización de conductas fraudulentas, ya que

---

(36) No debe identificarse el estado de insolvencia con la insuficiencia o falta de liquidez, ya que no existe una relación absoluta entre el incumplimiento de las obligaciones y el estado de insolvencia. En este sentido, podría el deudor atender el pago de sus obligaciones pero hallarse en una situación de insolvencia -y obtener créditos y fondos de manera fraudulenta, con contabilidades falsas o declaraciones ficticias-, de la misma manera que podría no ser insolvente pero no atender el pago de sus obligaciones, bien porque no quiere, o bien por error o negligencia.

(37) Y también otros autores, como Vives Antón, T., González Cussac, J. L.: *Los delitos de alzamiento de bienes.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 14.

(38) *Vid.* Heredia Muñoz, A.L., Camarena Aliaga, G. W.: «Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español», en *Revista Penal de México*, n.º 10, 2016, p. 85.

(39) En este sentido, Buruaga Puertas sostiene que el elemento definidor del fraude en las insolvencias se ve reflejado en el hecho de que el deudor quebranta la confianza y la buena fe que en su capacidad de pago tenían sus acreedores. *Cfr.* Buruaga Puertas, V.: *La calificación de las insolvencias.* Atelier, Barcelona, 1999, p. 71.

(40) *Cfr.* Maza Martín, J.M.: «Las insolvencias punibles», en *Cuadernos de Derecho Judicial,* n.º 5, 1998, pp. 271 y ss.

(41) *Vid.* Gómez Pavón, P.: *Las insolvencias punibles… op. cit.*, pp. 35 y ss.

con ello se consigue la frustración de la expectativa que tiene el acreedor de poder satisfacer su derecho de cobro.

Dentro de esta intencionalidad traducida a modo de defraudación, y más allá de la distinción relativa a la insolvencia total o parcial (42), definitiva o provisional, real o aparente, jurídica o fáctica, lo determinante será que se pueda o no se pueda cumplir en su totalidad con las obligaciones –de no poder, el deudor deviene insolvente (43)–. Por consiguiente, lo importante es que los acreedores puedan o no encontrar bienes suficientes para garantizarse el cobro de sus créditos u obligaciones económicas (44). Si esto no se puede garantizar, tanto unos como otros estados de insolvencia carecen de sentido frente a las figuras delictivas que se analizarán posteriormente.

En este sentido, el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 señala que la reforma de estos delitos «parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución (…) y los delitos de insolvencia o bancarrota». Ahora bien, pese a ubicarse y recibir un tratamiento independiente –en ambos casos, con una vinculación a la normativa mercantil (45), a modo de ley penal en blanco (46)–, estos delitos rodean al concepto de insolvencia y a la dificultad de los acreedores para ejercer su derecho de cobro.

Al igual que sucede en la legislación concursal, en el Derecho penal la pluralidad de acreedores tampoco constituye un requisito en la insolvencia penal; de hecho, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que el elemento subjetivo es el «ánimo de defraudar al acreedor o acreedores» (47), dejando claro que basta con que el defraudado sea una única persona. Además, considera que «es posible (…) que las acciones constitutivas de delito sólo hayan afectado al impago de parte del crédito y no a su totalidad» (48). Así, resultará insolvente penalmente quien no pague una deuda de forma fraudulenta, pero también quien burle una deuda parcialmente. Por lo tanto, será relevante una insolvencia aun

(42) *Vid. Supra*, nota número 2 de este trabajo.

(43) *Vid.* Bajo Fernández, M., Bacigalupo Saggese, S.: *Derecho penal económico*, 2.ª ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 420.

(44) Al respecto, *Vid.*, entre otras, STS de 15 de abril de 2014.

(45) Si bien es cierto, ya con anterioridad los delitos eran independientes y autónomos del trascurrir de los procedimientos civiles que se pudiesen abrir en relación con los deudores que hubiesen cometido la quiebra, suspensión de pagos, etc. *Vid.* González Cussac, J. L.: «Ley concursal e insolvencia punible», en VV.AA.: *Homenaje al profesor Dr. Don Gonzalo Rodríguez Mourullo.* Civitas, Madrid, 2005, p. 1148.

(46) *Vid.* De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 377.

(47) *Cfr.* STS 1170/2001, de 18 de junio de 2001.

(48) *Cfr.* STS 680/2019, de 23 de enero de 2020.

cuando la deuda no sea inmediatamente exigible (49). Es más, en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal –artículo 259.6 (50) CP–. Así, se encontrará en situación de insolvencia tanto quien no puede responder de sus obligaciones vencidas, como quien no va a poder cumplir dichas obligaciones, contraídas, pero no vencidas (51).

En definitiva, y a modo de conclusión, la insolvencia es la acción fraudulenta que se concreta en la realización, por parte del deudor –o de quien actúe por cuenta de éste–, de cualquier conducta que venga a provocar o a agravar maliciosamente una situación de crisis económica, generando la incapacidad para satisfacer las obligaciones asumidas (52) –ya sea una incapacidad total o parcial–. Es por ello por lo que se pretende que el Derecho penal sancione a los infractores que realizan las conductas típicas, interviniendo únicamente cuando exista un plus de antijuricidad respecto de la ordenación civil o mercantil, esto es, cuando se aprecie una intención maliciosa o defraudadora del deudor.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN EL CÓDIGO PENAL

Las insolvencias han tenido un tratamiento sancionador muy dispar a lo largo del tiempo. Históricamente (53), el incumplimiento de las obligaciones acarreaba la imposición de castigos corporales y una serie de sanciones que afectaban la dignidad del deudor (54). También en el Derecho Romano, en virtud de la *legis actio per manus*

(49) El Tribunal Supremo entiende que lo que debe existir con carácter previo es la deuda, sin que sea necesario que sea líquida y exigible, pues «es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su exigibilidad». *Cfr.* STS 652/2006, de 15 de junio.

(50) Este precepto se armoniza con lo dispuesto en el artículo 462 de la Ley Concursal, que prescribe que la calificación del concurso como fortuito o culpable «no vinculará a los jueces de lo penal que conozcan de aquellas actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que pudieran ser constitutivas de delito». *Vid.*, al respecto, Gutiérrez Pérez, E.: «La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia (artículos 259.2 y 1 CP): ¿un artificioso divorcio legal frente a una pareja de hecho?», en *Revista General de Derecho Penal,* n.º 38, 2022.

(51) *Vid.* De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 354.

(52) *Vid.*, al respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional 22/2016, de 27 de julio.

(53) Acerca de los castigos sobre la figura del deudor en nuestro derecho histórico, *Vid.* Ruiz Blay, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales… op. cit.*, pp. 38 y ss.

(54) Sobre esta cuestión, *Vid.* Lacruz Berdejo, J.: *Elementos de Derecho civil*, vol. I, t. II. Dykinson, Madrid, 2003, p. 11.

iniectionem, se permitía al acreedor insatisfecho aprehender corporalmente al deudor para atarlo y trasladarlo a su hogar preso, una vez transcurridos 30 días a partir del pronunciamiento de la sentencia, constituyendo esta acción la fase de ejecución (55). Y en el Derecho Justinianeo emergen también, bajo la influencia del cristianismo, las denominadas moratorias, concebidas como esperas concedidas con ciertos condicionantes al deudor de buena fe para poder hacer frente a las obligaciones contraídas, con cierta dilación (56).

Ya en la Baja Edad Media, nace en el Derecho estatuario italiano, la conocida quiebra o bancarrota, como un procedimiento privado para regular las relaciones de los mercaderes y, especialmente, de los banqueros. Se presumía, con la quiebra, que el comerciante ha actuado de mala fe, por lo que, si se daba con él, ingresaba en prisión o era sometido a severas penas personales (57). Además, se reforzaba la acción Pauliana con presunciones de fraude, de manera que quien realizaba negocios jurídicos con el quebrado durante un denominado periodo sospechoso –cuya extensión determinaba el Juez según las circunstancias–, debía restituir lo adquirido. Y en los casos más graves de mala fe, suponía perder también el montante del crédito (58).

Si bien es cierto, durante la Edad Media va disminuyendo de forma indirecta la prisión por deudas, habida cuenta de la existencia de un aumento de exenciones de esta pena a las que se podían acoger las personas. Y llegó un momento en el que prácticamente nadie resultaba privado de libertad, pese a que las normas sobre prisión y servidumbre del deudor se mantuvieron vigentes hasta la Novísima Recopilación –pero en desuso prácticamente– (59).

Posteriormente, en la Edad Moderna, el procedimiento relativo a la quiebra empieza a adquirir una creciente intervención del Juez, además de que se incrementan ciertos privilegios sobre la persona del

---

(55) Al respecto, *Vid.* García Garrido, M. J.: *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones.* Ediciones académicas, Madrid, 2003, p. 163.

(56) *Vid.* Rojo, A., Beltrán, E.: «El concurso de acreedores…», *op. cit.*, p. 481.

(57) *Vid.* Rojo, A., Beltrán, E.: «El concurso de acreedores…», *op. cit.*, pp. 481-482.

(58) *Vid.* Vivante, C.: *Tratado de derecho mercantil,* vol. I, 1.ª ed., C. Silio Beleña, Trad. Reus, Madrid, 1932, p. 372

(59) *Vid.* RUIZ BLAY, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales… op. cit.*, p. 44. En cambio, la prisión coactiva pervivió tanto en su uso como en su vigencia formal, pues se mantuvieron hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 las Pragmáticas de Felipe II de 1566 y 1590, ya que ninguna de las dos fue incluida en la Novísima Recopilación ni se incluyeron en texto derogatorio alguno. *Vid.* Tomás Valiente, F.: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *Anuario de Historia del Derecho Español,* vol. XXX, n.º 1, 1960, p. 431.

deudor y se permite que el procedimiento pueda finalizar por un convenio o concordato del deudor con los acreedores ordinarios (60).

Y ya sería con la Revolución Francesa (61) cuando se abolió por primera vez la prisión por deudas, y sería el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (62) el que estableció, posteriormente, la prohibición del encarcelamiento por el solo hecho de no cumplir sus obligaciones contractuales.

Ya en el período decimonónico, la Constitución de Cádiz de 1812 estableció (63) la personalidad de las penas; prohibió el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes; y dispuso la unificación en toda España de los Códigos civil, criminal y de comercio. Tras las vicisitudes históricas provocadas con el regreso de Fernando VII y el levantamiento del General Riego, se presenta ante las Cortes un proyecto que dio lugar al primer Código Penal español en 1822, criticado por su carácter farragoso y la excesiva dureza de sus penas, pero alabado por ser el primero de nuestra historia y establecer el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Y con el Código de Comercio español de 30 de mayo de 1829 –primer Código de Comercio aprobado en España–, la quiebra constituye un procedimiento para atender a las situaciones de crisis económica del comerciante. Y con un segundo Código de Comercio, aprobado en virtud del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, empiezan a coexistir dos procedimientos distintos, a saber, la quiebra para el deudor mercantil insolvente; y la suspensión de pagos para el deudor en situación de mera iliquidez (64).

Tras la revolución Gloriosa de septiembre 1868 en España, y al amparo de la Constitución española de 1869, se aprobaron normas relevantes como el Código Civil, la Ley de Registro Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Comercio y la Ley Hipotecaria. Se aprobó también el Código Penal de 1870. Todas ellas sirvieron de base para la configuración de un marco jurídico descentralizado por materias, y marcaron los mimbres del ordenamiento jurídico actual. En esta fase temporal, la prisión por deudas se considera ya una insti-

(60) *Vid.* Rojo, A., Beltrán, E.: «El concurso de acreedores…», *op. cit.*, p. 482.

(61) *Vid.* Tomás Valiente, F.: *La prisión por deudas… op. cit.*, pp. 256-262.

(62) Adaptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 a XXI, de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

(63) Acerca de estas cuestiones, relacionadas con las disposiciones y prohibiciones de la Constitución de 1812, *Vid.* Ruiz Blay, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales… op. cit.*, p. 45.

(64) *Vid.* Rojo, A., Beltrán, E.: «El concurso de acreedores…», *op. cit.*, p. 482.

tución extinta –en desuso–, y el legislador opta por reforzar la responsabilidad de los bienes del deudor (65), desterrando la prisión por deudas.

Si nos adentramos en la órbita reguladora del Derecho Penal en cuanto a la protección de los derechos de los acreedores se refiere, ha sido una constante en nuestro ordenamiento histórico. Las insolvencias punibles no solo han estado relacionadas con las insolvencias reguladas en el Código de Comercio, sino que se incorporaron a la legislación penal como meros complementos sancionadores de las propias conductas mercantilmente ilícitas (66).

Dentro de las infracciones patrimoniales, se han incorporado históricamente en los textos punitivos en España diversas regulaciones dirigidas a proteger los derechos de crédito frente a situaciones de insolvencia provocadas por el deudor, con la intención de hacer ineficaces las reclamaciones que pudieran dirigirle sus acreedores; o frente a conductas conducentes a perjudicar de manera voluntaria la eficacia de los créditos presentados en sede judicial o administrativa. Las figuras delictivas que se han manejado a lo largo del tiempo, en esencia, han sido (67): a) el alzamiento de bienes, entendido tradicionalmente como la conducta del deudor basada en esconder sus bienes para que el acreedor no pueda realizar su crédito sobre aquellos; b) la suspensión de pagos, quiebra o concurso, provocada por el deudor de manera fraudulenta, en aras de situarse en una situación de insolvencia legalmente protegida, habida cuenta que los acreedores ya no encuentran una vía adecuada para satisfacer sus créditos; y c) la gestión fraudulenta de cualquiera de esas situaciones de insolvencia, infracción que ha pretendido proteger los intereses de los acreedores injustamente discriminados, así como el eficaz funcionamiento de las instituciones estatales competentes para la ordenación de esas situaciones de insolvencia.

En el Código de 1822, primer texto punitivo español con rótulo de Código Penal, ya se sancionaban los delitos de quiebra –en el capítulo cuarto «De las quiebras», del título tercero «De los delitos contra la propiedad de los particulares», de su parte segunda «De los delitos contra los particulares»–, ya fuera declarada fraudulenta con arreglo al Código o leyes de comercio (artículo 758), o ya fuera causada por

(65) *Vid.* Ruiz Blay, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales… op. cit.*, p. 44.

(66) *Vid.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII. Frustración de la ejecución», en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español*. 8.ª ed. Tomo II. Aranzadi, Madrid, 2024, p. 144.

(67) Al respecto, *Vid.* Mestre Delgado, E.: «La frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 138.

«desidia, temeridad, disipación y mala conducta del quebrado, sin haber intervenido algún hecho dirigido a defraudar a los acreedores» (artículo 759). Y el reproche penal asignado que merecían estas conductas se evidenciaba de la previsión de que el quebrado debería estar preso «hasta que se justifique haber quebrado sin culpa» (artículo 763), y de la prohibición de que «ningún convenio o ajuste entre los acreedores y el quebrado» librase a éste «de la pena que merezca según la calidad de la quiebra» (artículo 764), y de la consideración de que «toda quiebra fraudulenta lleva consigo la infamia; y será también declarado infame el cambista, corredor, comisionado o factor quebrado por disipación» (artículo 761). Ahora bien, el legislador de 1822 también cayó en la cuenta de que «el quebrado por contratiempo o revés de la fortuna, o por cualquier accidente, que no estuvo en su mano evitar, sin concurrir fraude ni culpa por su parte, no sufrirá pena alguna», añadiendo que «las empresas arriesgadas, no siendo temerarias, no deben reputarse culpables» (artículo 762).

El Código de 1848 amplió la regulación de la protección de los acreedores para satisfacer sus créditos –Sección primera «Alzamiento, quiebra e insolvencia punible», del capítulo IV «Defraudaciones», del Título XIV «Delitos contra la propiedad» de su Libro segundo–, estableciendo un supuesto de alzamiento (artículo 443), que sancionaba a quien «se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores», distinguiendo la pena según el responsable fuere o no persona dedicada habitualmente al comercio; dos supuestos específicos de quiebra, uno por insolvencia fraudulenta (artículo 444) y otro por insolvencia culpable (artículo 445), amén de otro de insolvencia (artículo 448) que castigaba al «deudor no dedicado al comercio que se constituya en insolvencia por ocultación o enajenación maliciosa de sus bienes», distinguiéndose la pena en función del importe de la deuda –mayor o menos de 100 duros–.

El Código Penal de 1870 trasladó a su texto íntegramente –incluyendo su concreta ubicación y denominación de sus rúbricas– la regulación de 1848, reproduciendo sus artículos 536 a 540 el contenido de los cinco primeros preceptos que regulaban estos ilícitos en el Código anterior. En cambio, como ocurriera con su predecesor, este Código también amplió sus previsiones punitivas en este sentido, incorporando seis artículos más, para desarrollar los casos en que podía determinarse la insolvencia punible del concursado no comerciante (artículos 542 y 543, que establecen diferentes penas en función de la distinta gravedad correspondiente a los 11 supuestos

de insolvencia que se contemplaba) (68); así como para tipificar las conductas de complicidad en los delitos de insolvencia fraudulenta (artículos 541 y 545); y extender a los delitos de insolvencia la atenuación penal prevista en los casos de quiebra en que la pérdida causada a los acreedores no llegare al 10 por ciento de sus respectivos créditos (artículo 544). Por último, se regulaba la exasperación de la pena de todos los delitos comprendidos en el Capítulo, para el caso de que el quebrado o concursado no restituyere el depósito miserable o necesario.

Otra vuelta de tuerca tuvo lugar con el Código Penal de 1928, que redujo la previsión legal en esta materia –Sección primera «Alzamiento, quiebra, suspensión de pagos e insolvencias punibles», Capítulo IV del Título XIV del Libro II–, pero introdujo la sanción del comerciante que, para lograr la declaración del estado de suspensión de pagos, o para que los acreedores aprueben el convenio, presentare a los Tribunales una relación de su activo y pasivo que no fuera conforme con la realidad de sus operaciones, con agravación en el caso de que se consiguiera (artículo 715), así como la del comerciante que, a fin de obtener la aprobación del convenio en un expediente de suspensión de pagos, concertare o celebrare pactos particulares con algún acreedor o con un grupo de ellos en fraude de los demás (artículo 716).

Por su parte, el Código Penal de 1932 retomó la literalidad de las previsiones del Código de 1870, olvidando algunas fórmulas que se habían adoptado en otras ramas del derecho, como la relativa a la suspensión de pagos. Sin embargo, tuvo de importancia la cuádruple

(68) Los supuestos contemplados en el artículo 542 gozaban de una menor gravedad: haber realizado gastos domésticos o personales excesivos y desacompasados con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia; haber sufrido, en cualquier clase de juego, pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventurare, en entretenimientos de esta clase, un padre de familia arreglado; haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar; haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando; y retardo en haber dejado de presentarse en concurso, cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo. Por su parte, los supuestos previstos en el artículo 543 eran considerados de mayor gravedad: haber incluido gastos, pérdidas o deudas supuestas, u ocultado bienes o derechos en el estado de deudas, relación de bienes o memorias que haya presentado a la autoridad judicial; haberse apropiado o distraído bienes ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, comisión o administración; haber simulado enajenación o cualquier gravamen de bienes, deudas u obligaciones; haber adquirido por título oneroso bienes a nombre de otra persona; haber anticipado, en perjuicio de los acreedores, pago que no fuere exigible sino en época posterior a la declaración de concurso; y haber distraído, con posterioridad a la declaración en concurso, valores correspondientes a la masa.

tipología de alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles (69), que posteriormente se trasladaría a la Sección primera del Capítulo IV del Título XIII del Código de 1944, y, en consecuencia, en el posterior texto refundido de 1973.

El Código de 1973, en su Título XIII «Delitos contra la propiedad», Capítulo IV «De las defraudaciones», y más concretamente en la sección 1.ª «Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencias punibles» (artículos 519 a 527), regulaba esta clase de delitos económicos. La tipificación de entonces se hallaba estrechamente vinculada al Código de Comercio –artículos 888 y 893, hoy ya derogados–, pues se remite a él para tipificar las conductas en los artículos 520, 521 y 522 del CP. Así mismo, distingue entre «insolvencia fraudulenta» (artículos 520 y 522), más grave, «castigado con la pena de presidio mayor»; e «insolvencia culpable» (artículo 521), menos grave, «incurriendo en la pena de presidio menor»; referidas ambas figuras a la quiebra (70). El artículo 525 se dedicaba a la insolvencia fraudulenta del cómplice –no dedicado al comercio– del concursado. Y era precisamente el artículo 519 (71) el que hacía referencia al alzamiento de bienes que, como era apreciable en la propia rúbrica del título de la sección 1.ª, iba de la mano reguladora junto con las insolvencias punibles.

Llegamos así a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el Código Penal. Se mantuvo la tradición histórica punitiva (72), pero se acometió una profunda reforma del

---

(69) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «La frustración de la ejecución… *op. cit.*, p. 140.

(70) Artículo 520 del CP de 1973: «El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor». Artículo 521 del CP de 1973: «El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio incurrirá en la pena de presidio menor». Artículo 522 del CP de 1973: «Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta los que ejecutaren cualesquiera de los actos que se determinan en el artículo 893 del Código de Comercio».

(71) Artículo 519 del CP de 1973: «El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores será castigado con las penas de presidio menor, si fuere comerciante, matriculado o no, y con la de arresto mayor, si no lo fuere».

(72) Criticada por algunos, como Feijoo Sánchez, B.J.: «Crisis económica y concursos punibles», en *Diario La Ley,* n.º 7178, 20 de mayo de 2009, p. 2, cuando afirma que «históricamente, fuera del alzamiento de bienes, las restantes modalidades de insolvencias punibles han tenido escasa relevancia debido a su dependencia de los procesos civiles y su accesoriedad extrema respecto de la regulación mercantil sobre la quiebra»; *Vid.*, también, Rodríguez Padrón, C.: «Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal», en *La Ley Penal,* n.º 117, noviembre-diciembre, 2015, s/p.

contenido (73) que, en esencia, permanecía inalterada desde el Código de 1870. La nueva regulación –Capítulo VII «De las insolvencias punibles», del Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», del Libro II–, se estructuraba de la siguiente manera (74): a) Un artículo (el 257) dirigido a sancionar a quien se alzara con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, y a quien, con el mismo fin, realizara cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilatase, dificultase o impidiese la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. Se añadía expresamente también que tal infracción era aplicable cualquiera que fuese la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intentase eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor fuese un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. Además, se indicaba expresamente que el delito sería perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal, b) El artículo 258 sancionaba al responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición, o contrajere obligaciones que disminuyesen su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente. Este precepto, al igual que el precedente artículo 257, preveía una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses, c) Un tercer artículo, el 259, castigaba al deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realizare cualquier acto

(73) Al respecto, *Vid.* Maza Martín, J.M.: «Las insolvencias punibles», en Del Rosal Blasco (Coord.): *Empresa y Derecho penal.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 278 a 286, quien destacó las novedades más relevantes, como la disociación de las insolvencias punibles respecto de las defraudaciones; la desvinculación de la norma penal respecto de la civil y la mercantil en la materia; la extensión de estos delitos, en lo que a los créditos impagados se refiere; la eliminación de la diferencia entre quiebra y concurso de acreedores para la elaboración de las descripciones típicas; la supresión de los supuestos de comisión culposa; la simplificación de los supuestos típicos; la incorporación de nuevos supuestos típicos; la unificación de las penas; y la nueva previsión de que el importe de la responsabilidad civil deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

(74) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «La frustración de la ejecución… », *op. cit.*, pp. 141 y 142.

de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto. La sanción prevista en este supuesto era también coincidente con las penas de los dos artículos precedentes, d) El artículo 260 sancionaba a quien fuera declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, si la situación de crisis económica o la insolvencia fuera causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actuase en su nombre. En este caso, la sanción era mayor que la establecida en los tres artículos precedentes, al ser de prisión de 2 a 6 años y multa de 8 a 24 meses, debiendo tenerse en cuenta, para graduar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. Además, este artículo incorporaba tres previsiones relevantes. La primera, en el 260.3, se establecía que este delito, y los singulares relacionados con él, cometidos por el deudor, o por cualquier persona que hubiere actuado en su nombre, podrían perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil, y sin perjuicio de la continuación de éste*;* la segunda, en el mismo apartado, preveía que el importe de la responsabilidad civil derivada de tales ilícitos debería incorporarse, en su caso, a la masa; y la tercera, en el 260.4, determinaba que en ningún caso la calificación de la insolvencia en el proceso civil vinculaba a la jurisdicción penal, e) Finalmente, aparecía el artículo 261 para sancionar a quien, en un procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos, presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos (75). Esta infracción gozaba de una inferior penalidad, que se circunscribía a una pena de prisión de 1 a 2 años y multa de 6 a 12 meses. En los artículos 259, 260 y 261, el legislador menciona la quiebra, concurso o suspensión de pagos, de forma genérica, sin centrarse en una situación en particular, y resultando de aplicación la misma pena en tales supuestos.

El Código de 1995 ha sufrido múltiples reformas, en aras de introducir aquellas variaciones que han sido surgiendo en la socie-

(75) En palabras del Profesor Martínez Buján-Pérez, C.: «La nuevas figuras especiales de insolvencias», en *Revista General de Derecho Penal,* n.º 1, 2004, p. 24, «el delito del artículo 261 no se construye realmente en torno a una situación de insolvencia y no requiere un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones por parte del deudor; se trata, por el contrario, de una conducta inequívocamente falsaria, que, eso sí, debe ser llevada a cabo en el seno de un «procedimiento concursal» y que ha de ir encaminada a «lograr indebidamente la declaración de aquél».

dad hasta llegar a la actualidad. Entre ellas, cabe destacar la importancia de la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la cual alteró la redacción de los artículos 259 (76), 260 (77) y 261 (78), sobre los delitos de insolvencias punible. El legislador, al redactar tales preceptos, se ciñe al concepto de concurso, y no ya a la suspensión de pagos ni quiebra, como ocurría en la redacción original de 1995. La razón podría encontrarse muy próxima, ya que en ese mismo año (2003) es cuando se aprueba la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), lo cual fue un acontecimiento sumamente importante pues esta norma se hallaba estrechamente ligada a estos delitos. De hecho, es en esta Ley donde aparece la insolvencia como actual o inminente (79), nomenclatura que se introduciría más adelante en el CP de 1995 en ulteriores reformas, y, más concretamente, en la reforma 1/2015 de 30 de marzo.

Puede afirmarse que, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y la Ley 22/2003 Concursal, de 9 de julio, se produce un cambio de paradigma importante en el tratamiento de la insolvencia, adquiriendo estos delitos cierta autonomía respecto a la jurisdicción

(76) Artículo 259 CP de 1995 (redacción según reforma del 2003): se castiga al «deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o a varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto».

(77) Artículo 260 CP (según redacción de 2003): «1. El que fuere declarado en concurso será castigado (…) cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. 2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. 3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. 4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal».

(78) Artículo 261 CP (según redacción de 2003): «El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado (…)».

(79) Artículo 2.3 de la Ley Concursal: «Si la solicitud de la declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones».

civil y mercantil (80), dejando éstas de concebirse como meras normas penales en blanco (81).

Siguiendo con la cronología, también hay que mencionar la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio (82). Esta reforma añadió dos nuevos apartados en el artículo 257 (83) –apartados 3 y 4–, pasando el contenido del antiguo apartado 3 al apartado 5, e introdujo un nuevo precepto, el artículo 261 bis (84), relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, supuso un agravamiento de las penas «en los supuestos en que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública (…)», tal cual explica la Ley en su preámbulo, apartado XVI (85). Como puede apreciarse, sigue aquí el

(80) Una relación minuciosa entre las jurisdicciones civil y penal en el ámbito que nos ocupa, ha sido abordada por MAGDALENA CÁMARA, M.: *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles.* Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2016, pp. 79 y ss. Así mismo, en relación con los aspectos mercantiles del derecho concursal, *Vid.* MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal punible. ¿Una solución penal a un problema mercantil? (análisis del artículo 260 CP).* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 105 y ss.

(81) Un análisis exhaustivo sobre los delitos de insolvencias punibles vigentes en ese momento, *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003», en Hernández Martí, J.: *Concurso e Insolvencia punible.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 639 y ss.; GONZÁLEZ PASTOR, C.P.: «La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal», en *La Ley Penal,* n.º 3, 2004, pp. 18-29; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: *El delito de insolvencia punible del artículo 260 CP a la luz del nuevo Derecho concursal. Aspectos penales y civiles.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, *passim*; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Acerca de las insolvencias punibles», en Zugaldía Espinar, J. M., Barja de Quiroga López, J. (Coord.): *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo,* Vol. 2. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1153-1174; CABALLERO BRUN, F.: *Insolvencias punibles*. Iustel, Madrid, 2008, *passim*.

(82) Sobre la misma, *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: «La reforma de las insolvencias punibles», en Díaz-Maroto y Villarejo, J.: *Estudios sobre las reformas del Código penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero.* Civitas, Madrid, 2011, pp. 399-406.

(83) Artículo 257.3 y 4 (según redacción de 2010): «3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, la pena a imponer será (…). 4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1.º, 4.º y 5.º del apartado primero del artículo 250».

(84) Artículo 261 bis CP (según redacción de 2010): «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: (…)».

(85) Dispone que «En el delito de alzamiento de bienes se han agravado las penas en los supuestos en que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, así como cuando concu-

legislador considerando el alzamiento de bienes como un tipo de insolvencia punible.

En mi opinión, la reforma más trascendental en cuanto al tema que nos ocupa, no es otra que la LO 1/2015 de 30 de marzo (86), que ocasionó una profunda modificación, al reconfigurar (87), o más bien separar, estas infracciones, y perdurando tal segregación hasta nuestros días. Así, por un lado (88), los delitos de frustración de la ejecución (artículos 257–258 ter CP) se centran en las conductas del deudor que persiguen, fraudulentamente, dilatar, dificultar o impedir el procedimiento civil previsto para que el acreedor pueda satisfacer sus créditos; y, por otro lado, los delitos de insolvencia punible (artículos 259–261 bis), que sancionan los comportamientos de defraudación de los intereses de los acreedores.

Así pues, se produce una separación del Título XIII en los capítulos VII y VII bis, dedicándose el primero de ellos a la «Frustración de la ejecución» e incluir en su contenido el delito de alzamiento de bie-

---

rran determinadas circunstancias entre las que destaca la especial gravedad, en función de la entidad del perjuicio y de la situación económica en que deje a la víctima o a su familia».

(86) BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015; corrección de errores en BOE n.º 139, de 11 de junio. Su entrada en vigor tendría lugar el 1 de julio de ese mismo año. El párrafo 1º del preámbulo, apartado XVI, establece que «Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados». *Vid.*, en este sentido, de manera brillante acerca de la reforma producida, Monge Fernández, A.: El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis). Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 32. Acerca de esta reforma, *Vid.*, por todos, Faraldo Cabana, P.: «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 3, 2015; Feijoo Sánchez, B.J.: Orden socieconómico y delito. BdeF, Madrid, 2016; Monge Fernández, A.: El delito concursal… *op. cit.*; Martínez- Buján Pérez, C.: Derecho penal económico… *op. cit.*, pp. 52 y ss. Y acerca de la reforma que se proyectó, hasta la definitiva entrada en vigor de la nueva redacción en 2015, *Vid.* Esquinas Valverde, P.: «La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código penal de 2012/2013», en *La Ley Penal*, n.º 105, 2013; Faraldo Cabana, P.: «Los delitos de alzamiento de bienes en el proyecto de reforma del código penal de 2013», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2014; De la Mata Barranco, «La reforma de los delitos de insolvencia en España: un modelo a «no» seguir», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2015, pp. 233-246.

(87) *Vid.* Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible», en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 809 y ss.

(88) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p. 428.

nes –que había estado estrechamente ligado hasta la fecha a las insolvencias punibles (89)–, y otras dos nuevas figuras delictivas (90) («ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad») (91); y dedicándose el segundo capítulo a «las insolvencias punibles». Aquí se introduce el «nuevo delito de concurso punible o bancarrota», que se configura como un delito de peligro, que puede perseguible se haya declarado el concurso o no (92), con tal de que exista una insolvencia actual o inminente; y un tipo agravado para los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad, o bien deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Así, el legislador ha intentado ofrecer una fórmula más amplia de la que existía anteriormente, en aras de dar respuesta a las conductas delictivas que los deudores, en estado de insolvencia, llevaban a cabo con frecuencia –seguramente fruto de los numerosos casos de empresas en situación de crisis que habían sido despatrimonializadas por sus administradores durante la anterior crisis económico-financiera de 2008-2014–.

---

(89) Y ello a pesar de que, tras la reforma penal de 2015, considere DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 354, que «El elemento en torno al cual se agrupan los delitos de frustración de la ejecución, que no son sino insolvencias vinculadas al incumplimiento de obligaciones sin declaración del concurso, se ha venido entendiendo siempre que es precisamente el de la insolvencia, concepto que es el mismo tanto para las conductas de este Capítulo VII como para las del Capítulo VII bis».

(90) Párrafo segundo del preámbulo XVI de la LO 1/2015: «Dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el derecho comparado: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad».

(91) En este sentido, un análisis sobre los delitos de alzamiento de bienes *versus* delitos de insolvencia punible fue realizado de manera exhaustiva por MAGDALENA CÁMARA, M.: *Aspectos dogmáticos… (*Tesis doctoral), *op. cit.*, pp. 105 y ss.

(92) La nueva configuración de las insolvencias punibles no exigen, a diferencia de la anterior regulación del delito concursal, la apertura de un procedimiento de concurso de acreedores. *Vid.* GALÁN MUÑOZ, A.: «Presente y futuro de las insolvencias punibles», en *Revista Penal,* n.º 34, 2014, p. 78. En cambio, no es de la misma opinión GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en González Cussac, J.L. (Coord.): *Derecho penal. Parte Especial,* 8.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 504, ya que entiende que «solo la declaración del concurso, ya provenga de insolvencia actual o ya inminente, será sancionable penalmente».

El Preámbulo de la norma justificó esta reforma, en relación con los delitos de insolvencia punible, para «establecer una clara separación (93) entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota» (94).

---

(93) En este sentido, ROLDÁN PÉREZ, C.: «Aspectos Críticos de la Actual Regulación del Delito de Concurso Punible», en *Revista General de Derecho Penal,* n.º. 35, 2021, pp. 8 y 9, considera que «entre los argumentos favorables a la regulación separada, atendiendo a su diferente naturaleza, destacar que mientras en los delitos de bancarrota se requiere, como condición de punibilidad, que la conducta se lleve a cabo en una situación de insolvencia actual o inminente o que la propia conducta fraudulenta cause dicha situación de insolvencia, en los delitos de frustración de la ejecución, la conducta punible persigue frustrar las legítimas expectativas de cobro de algún acreedor mediante actos que pueden ocasionar o, al menos, propiciar una situación de insolvencia real o ficticia». Continúa manifestando que «en mi opinión, sí cabría advertir diferencia con la insolvencia aparente pues si entendemos como insolvencia real aquella que se presenta ante la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones, podría existir una situación de insolvencia aparente o ficticia cuando el deudor oculta sus bienes (por ejemplo, mediante contratos simulados) para burlar las expectativas de cobro del acreedor, pero manteniendo dichos bienes en su patrimonio». De otro lado, crítico con esta separación de delitos producida, aludiendo a la ausencia de explicación de la procedencia de la necesaria separación aludida por el legislador, en la propia exposición de motivos, *Vid.* MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 53, quien, además, señala que «tal disolución es criticable porque puede inducir a pensar que la insolvencia solo es requisito de los delitos del capítulo VII bis, cuando, en realidad, no es así, dado que también las figuras delictivas definidas en el capítulo VII poseen como requisito imprescindible la noción de insolvencia. De ahí, en suma, que hubiese sido preferible mantener la única rúbrica de la redacción anterior». En la misma línea, SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: «Frustración de la ejecución», en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015.* Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 488, critica que, tras la reforma de 2015, los alzamientos de bienes dejan de constituir insolvencias punibles.

(94) Al respecto de esta reforma y a su finalidad, expuesta en el primer párrafo de la Exposición de motivos, el Consejo General del Poder Judicial en 2012, emitió un informe y en sus conclusiones establecía que en modo alguno compartía la argumentación de la nueva división establecida en el Titulo XIII referida a la conductas de frustración de la ejecución e insolvencias punibles, considerando esta división como perturbadora; ya que en el primer capítulo, los delitos pueden cometerse sin haber empezado la ejecución. Y propone varios cambios, como la sustitución de la frase del artículo 259.1 «habrían estado incluidos en la masa del concurso» por «deberían haber estado incluidos en la masa del concurso» que como se podrá observar en el actual Código no se llevaron a cabo. Además, aludía el informe a la falta de precisión de la denominación otorgada a las rúbricas, porque la consumación de algunas modalidades delictivas descritas no requiere siquiera el inicio de un procedimiento de ejecución; no lo requiere, desde luego, el clásico delito de alzamiento de bienes –eje central del capítulo-. *Vid.* Consejo General del Poder Judicial, Comisión de Estudios e Informes 201301116, Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Al respecto, *Vid.*, también, ROCA DE AGAPITO, L.: «Alzamiento de bienes. Rúbrica del capí-

También anunció que se incluían, junto al alzamiento de bienes, «dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el derecho comparado», esto es, la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad.

Respecto de la nueva redacción «de los delitos de concurso punible o insolvencia», advertía el Preámbulo la conjugación de la necesidad de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica (95) del sujeto o empresa, y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o que son directamente causales de la situación de concurso; con la necesidad de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, que han de ser las contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.

Y en cuanto al «nuevo delito de concurso punible o bancarrota», se destacó su configuración como delito de peligro, siendo persegui-

---

tulo VII del Título XIII del Libro II», en Álvarez García, J. (Dir.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 735; Esquinas Valverde, P.: *La nueva regulación de los delitos… op. cit.*, p. 55.

(95) El concepto de crisis económica ha desaparecido de la redacción del artículo 259 CP, que, en todo momento, emplea el de insolvencia. En este sentido, téngase en cuenta que el artículo 260.1 CP 1995, en su versión originaria, establecía que «El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado (…) cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre». Sin embargo, el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, utiliza este concepto de crisis en la motivación de la nueva regulación de los derechos de concurso o insolvencias punibles. Pues bien, en el Derecho penal, el concepto de crisis económica aparece por primera vez en el texto originario –versión redactada de 1995– del Código penal, como consecuencia de su presencia en diversos textos prelegislativos a la reforma del Derecho concursal. Así, en el Anteproyecto de 1983, de reforma del Código Penal, establecía que la situación de crisis económica del deudor común se configuraba como presupuesto objetivo para la declaración del concurso, además de delimitar los hechos que llevan a tal situación. También la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, establecía que «Evidentemente, la urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso se oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen además abusos frente a los que el Derecho penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente, en modo alguno concebidos para tales hechos».

ble únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantuvo la sanción expresa de la causación de la insolvencia por el deudor.

El legislador penal anunciaba cómo «se ha tipificado un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor».

Y, por último, se destacaba la previsión de un tipo agravado aplicable en los supuestos en los que se causaren perjuicios económicos de especial gravedad o en los que la mayor parte del crédito defraudado correspondiese a la Hacienda pública y la Seguridad Social (96). De igual manera, se amplió la protección de los acreedores a través de la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores que tuvieran lugar antes de la declaración del concurso, una vez el deudor se encontrase en una situación de insolvencia actual o inminente.

En definitiva, y reproduciendo las palabras de De la Mata Barranco, «la nueva regulación es muy compleja, algo confusa, adelanta la intervención penal y considera delito de insolvencia conductas previas a la declaración del concurso que encajaban, y siguen encajando, en los ahora delitos de frustración de la ejecución» (97).

IV. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES

Respecto al bien jurídico protegido de las conductas ilícitas, es el Estado quien decide qué bienes jurídicos van a ser protegidos penal-

(96) La Ley Orgánica 1/2015 introdujo un nuevo artículo 259 bis, que contempla un tipo agravado dada la mayor importancia del resultado producido por la conducta de quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las conductas previstas en el amplio catálogo de modalidades delictivas previstas en el artículo 259 CP, y produzca o pueda producir un perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en grave situación económica; o cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros –en cómputo individualizado, no cuando el importe al que asciende el perjuicio ocasionado a todos los acreedores supere dicho umbral–; o cuando las afectadas resulten ser las instituciones públicas privilegiadas de la Hacienda Pública –estatal, autonómica, local o foral– o la Seguridad Social, titulares al menos la mitad del importe de los créditos concursales.

(97) *Cfr.* De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 376.

mente. Esta tarea de selección debe responder a principios democráticos y sociales mayoritariamente, y no deberían influir concepciones ideológicas cerradas y alejadas de los intereses sociales. Ciertamente, la cuestión del bien jurídico protegido ha sido un tema ampliamente discutido por la doctrina, y más en concreto, con relación a las insolvencias punibles (98). Así, autores como González Cussac (99), Núñez Castaño (100) o Meléndez Sánchez (101) consideran que vendría constituido por el derecho de crédito de los acreedores, integrándose tanto por el derecho de los acreedores a cobrar sus créditos con el patrimonio del deudor, en el caso de que éste incumpliese sus obligaciones, y, por otro lado, el derecho a exigir el completo cumpli-

(98) Un brillante análisis acerca de las distintas teorías sobre el bien jurídico delito de los delitos de insolvencias punibles, *Vid.* Ruiz Blay, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales… op. cit.*, pp. 82 y ss.; Gutiérrez Pérez, E.: *Alzamiento de bienes e insolvencias punibles… op. cit.*, pp. 136 y ss.

(99) *Vid.* González Cussac, J. L.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p. 489. En el mismo sentido, *Vid.* Ruiz Marco, F.: *La tutela penal del derecho de crédito.* Dilex, Madrid, 1995, *passim*. Resulta interesante la reflexión que aporta Pastor Muñoz, N.: «Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Silva Sánchez, J. M.ª (Dir.): *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa.* Atelier, Barcelona, 2020, p. 294, cuando señala que la insolvencia se ha contemplado como una situación de peligro para la futura realización del derecho de crédito y que «es posible sostener a la vez que el derecho de crédito se protege en su dimensión de posibilidad de cobro futuro y que dicha posibilidad de cobro se pone en peligro mediante la insolvencia (aunque sea anterior al vencimiento y, con ello, a la facultad jurídica del acreedor de intentar hacerse pago). (…) En puridad, este no es protegido como elemento del patrimonio, sino solamente como instrumento de actuación futura del acreedor contra la esfera ajena, pues lo que en definitiva vendría a castigar el legislador serían únicamente conductas consistentes en «poner trabas» al cobro por parte del acreedor». También se ha referido Galán Muñoz, A.: *Presente y futuro de las insolvencias… op. cit.*, pp. 60 y ss., acerca del bien jurídico protegido consolidando la posición mayoritaria doctrinal -satisfacción del crédito-, si bien con referencia a la normativa anterior, cuando se regulaban conjuntamente las insolvencias y la frustración de la ejecución. Interesante también, si bien con anterioridad, los comentarios aportados por Huerta Tocildo, S.: «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes» en VV.AA.: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López).* Comares, Granada, 1999, pp. 791-812. Y recientemente, *Vid.* Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: *Frustración de la ejecución e insolvencias punibles.* Aranzadi, Madrid, 2024, que en el Cap. III.II de la obra, expone las distintas acepciones y enfoques sobre el bien jurídico protegido de estos delitos.

(100) *Vid.* Núñez Castaño E.: «Delitos patrimoniales de enriquecimiento cometidos mediante defraudación (III): frustración en la ejecución e insolvencias punibles», en Gómez Rivero, M.ª C. (Dir.): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal,* Vol. II, Tecnos, Sevilla, 2015, pp. 169 y ss.

(101) *Vid.* Meléndez Sánchez, F. L.: «Frustración de la ejecución. Insolvencias punibles», en Serrano Tárraga, M.ª.D. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial.* 2.ª ed. Dykinson, Madrid, 2024, p. 512.

miento de la obligación. Para Jaén Vallejo (102), por su parte, el bien jurídico se centraría en proteger el sistema crediticio, criterio que comparte Martínez-Buján Pérez, quien además agrega la tutela mediata (103) o indirecta (104) de la economía crediticia como pieza fundamental del sistema socio-económico (105). En estos casos, se concibe como un delito estrictamente patrimonial (106), porque lo que se protege es el derecho de los acreedores (107) de satisfacer los créditos contraídos, ejecutándose para su cobro el patrimonio (108)

---

(102) *Vid.* Jaén Vallejo, M.: «Las insolvencias punibles», en *Cuadernos de Política Criminal,* n.º 58, 1996, pp. 30 y ss.

(103) En el caso de que el sujeto pasivo fuese la Hacienda Pública o la Seguridad Social, el bien mediato será el sistema público de recaudación de ingresos y gastos. *Vid.* Ferré Olivé, J.C.: *Tratado de los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 401.

(104) En este sentido, Gallego Soler, I.: *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal.* Tesis doctoral. Barcelona, 2001, pp. 535 y ss., ha referido que en los delitos de insolvencia nos encontramos ante delitos con referencia patrimonial individual intermedia o mediatizada, caracterizados porque la conducta típica recae sobre un objeto material en el sentido propio del término, esto es, un concreto elemento material de naturaleza patrimonial.

(105) *Vid.* Martínez- Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 55.

(106) *Vid.* Souto García, E.: «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)», en González Cussac, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 791. En este sentido, aludiendo al patrimonio público como bien colectivo, y al patrimonio de titularidad privada, como bien jurídico protegido, *Vid.* Gutiérrez Pérez, E.: *El derecho penal frente a la insolvencia… op. cit.*, pp. 86 y ss.; y De la Mata Barranco, N.J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 312; Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 811, reconociendo esta última que no resulta necesario lesionar el derecho de crédito de los acreedores cuando nos referimos al artículo 259 CP. En este sentido, el patrimonio, en sentido amplio, se encuentra protegido a nivel nacional en la Constitución Española (artículo 33 CE) y a nivel *Supra*nacional en el Convenio Europeo de Derecho Humanos (artículo 1.º del Protocolo Adicional), en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 17) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Dentro del concepto de patrimonio se incluye la propiedad, a nivel individual, colectivo y estatal; en su dimensión material e inmaterial en cuanto a la facultad de disponibilidad de una cosa propia, y también se protegen, como bien jurídico integrador del patrimonio, otros derechos, como la posesión, los derechos reales, las obligaciones, y, en general, el poder de disposición que se tiene sobre la totalidad de bienes transmisibles que jurídicamente corresponden a una persona.

(107) *Vid.*, sobre esta cuestión, Joshi Jubert, U.: «Protección penal de los acreedores», en Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V.: *Manual de Derecho penal económico y de la empresa.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 409-448.

(108) Resulta de interés en relación con el concepto del patrimonio desde un cariz diferente, analizando el bien jurídico protegido, el estudio minucioso realizado por García Sánchez, A.: *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes.* Comares, Granada, 2003, *passim*.

del deudor. La reducción del patrimonio del acreedor deviene en un resultado necesario de las insolvencias punibles (109).

De otro lado, autores como Bustos Ramírez (110) o Bustos Rubio (111), han considerado que el bien jurídico protegido se identifica con el correcto funcionamiento del sistema crediticio (112), si bien es cierto, que para el primero de ellos, se trata de un bien jurídico supraindividual (113) y cataloga los delitos de insolvencias punibles como delitos socioeconómicos (114).

Y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que el objeto de protección vendría constituido por el derecho personal de crédito con la concurrencia de un interés difuso de naturaleza económica social, tal y como atisba Magdalena Cámara (115).

Ciertamente, diversos órganos judiciales han manifestado que «reside en el derecho que tiene el acreedor a satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor cuando éste incumple sus obligaciones. Este derecho deriva del básico principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor consagrada en el artículo 1911 del Código Civil, según el cual del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros, derecho que se frustra cuando el deudor realiza conductas que impiden o dilatan la ejecución de sus bienes» (116).

---

(109) En este sentido, *Vid.* Magdalena Cámara, M.: *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles.* Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 38

(110) *Vid.* Bustos Ramírez, J.: «Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* XLIII, 1990, p. 32

(111) *Vid.* Bustos Rubio, M.: «Los delitos de insolvencias punibles», en VV.AA.: *Delitos económicos. Análisis doctrinal y jurisprudencial.* Wolters Kluwer. Las Rozas, 2019, pp. 79 y 80; del mismo: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*,p. 177.

(112) Como correcto funcionamiento del sistema crediticio, en sentido amplio, se ha defendido por Polaino Navarrete, M., Polaino-Orts, M.: «Injusto penal e ilícito mercantil en las insolvencias a la luz de la nueva Ley Concursal: ¿autonomía o subordinación del Derecho Penal?», en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia.* Tomo V. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 5023.

(113) De manera que la protección quedaría amparada por el derecho de los acreedores en su conjunto, y no por el derecho de cada acreedor individualmente. Sobre este concepto de bien jurídico supraindividual, *Vid.*, entre otros, Meléndez Sánchez, F. L.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 512.

(114) *Vid.* Bustos Ramírez, J.: *Manual de Derecho penal. Parte especial.* 2.ª ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 310

(115) *Vid.* Magdalena Cámara M.: *Aspectos dogmáticos...* (Tesis Doctoral), *op. cit.*, p. 30.

(116) *Cfr.* SAP Valladolid 206/2017, de 27 de junio. En este sentido, la SAN 2351/2020, de 6 de octubre, que abordó el famoso caso «Pescanova», apuntó que «El bien jurídico protegido, según indican las STS de 11/03/2002, 14/04/2003, 14/05/2003 o 29/05/2006 es el mismo en todas las modalidades de insolvencia puni-

En un término mixto o medio se encontraría la posición que defiende la tutela conjunta de ambos bienes jurídicos, es decir, tanto el derecho del acreedor como el orden socioeconómico. En este sentido, se consideraría que la actividad dolosa del deudor insolvente atenta contra un bien jurídico que trasciende del interés estrictamente individual, al afectar al ámbito social y económico de organización (117). Entonces se protegería, aunque de forma indirecta, un interés supraindividual que es la tutela del sistema crediticio, así como la credibilidad de las instituciones básicas del mercado (118). Ahora bien, no le falta razón en mi opinión, coincidiendo con la posición jurisprudencial, a Martínez-Buján Pérez cuando afirma que «el único bien jurídico directamente protegido viene representado por el derecho de crédito. Cuestión distinta es que, sentada esta afirmación básica, se agregue que con la incriminación de los delitos de insolvencia, el legislador persigue tutelar mediatamente o indirectamente la economía crediticia como pieza fundamental del sistema socio-económico» (119).

En definitiva, el bien jurídico protegido que tradicionalmente se ha defendido en estos delitos es el derecho de crédito de los acreedores. A pesar de que la tipificación de algunos comportamientos pueda estar dirigida a proteger el correcto funcionamiento de los procedimientos de ejecución y de la Administración de Justicia, no deja de ser el núcleo principal de protección el derecho de crédito. Así, pueden apreciarse dos bienes jurídicos tutelados directamente en unos casos e indirectamente en otros, el derecho de crédito y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Ciertamente, el derecho de crédito se encuentra compuesto por dos aspectos esenciales: el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos con el patrimonio del deudor en el caso de incumplimiento de sus obligaciones (artículo 1911 CC), así como el derecho a exigir el concreto cumplimiento de la obligación debida. Sin embargo, el ordenamiento jurídico

---

ble: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer ejecutar un crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el artículo 1911 del código civil. Es el derecho a no impedir u obstaculizar que tal ejecución logre plena efectividad lo que la ley penal trata de salvaguardar. Así pues, cuantos actos, operaciones, negocios, contratos o maniobras, tendentes a impedir u obstaculizar la regular realización de un crédito deben tener cabida y ser considerados como un delito, sean cuales fueran el número de acreedores o de deudas, bien afecten al patrimonio personal o al de las sociedades que les pertenecen, bien se logre a través de un solo acto o a través de varios» (F. Quinto).

(117) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p. 426

(118) *Vid.* Mestre Delgado, E.: Últ. op. y *loc. cit.*

(119) *Cfr.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 99

no puede obligar al cumplimiento de las obligaciones, sino más bien establecer una serie de consecuencias y procedimientos a disposición del acreedor para el caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones económicas.

V. TRATAMIENTO PENAL DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN LA ACTUALIDAD. LAS CONDUCTAS TÍPICAS

Antes de adentrarme en el análisis de este epígrafe, quiero resaltar, en relación con la cuestión de la autoría y participación delictiva (120), que de la lectura del Capítulo VII bis del Código Penal se puede inferir que son sujetos activos de estos delito los deudores, tanto personas físicas como jurídicas y los que tengan capacitación para poder presentar documentos en el procedimiento concursal; y realizando una mirada a la Ley Concursal, entiendo que esta capacitación se dirige también a los posibles representantes legales, y, en caso de personas jurídicas, a los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, directores generales, o quien dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones (121).

Debe tenerse en cuenta que en las relaciones obligacionales también pueden asumir responsabilidad quienes se comprometen al cumplimiento de obligaciones secundarias, así como los avalistas o garantes de cualesquiera obligaciones asumidas por todos los demás comprometidos a su cumplimiento (122); y de la responsabilidad civil dimanante del delito responden (*ex* artículo 116 CP) todos los partícipes en el mismo. Estos delitos admiten la participación del

---

(120) Acerca de la autoría y participación en estos delitos, *Vid.* BENITO SÁNCHEZ, D.: «Problemas específicos de autoría y participación», en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 79-107; FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos económicos», en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 141-193.

(121) *Vid.* Artículo 442 de la Ley Concursal.

(122) Ahora bien, en virtud del artículo 1830 del Código Civil, el fiador no podría ser compelido a pagar al acreedor, sin haberse realizado previamente la excusión de todos los bienes del deudor. Siendo ello así, el fiador sólo podrá ser sujeto activo cuando el comportamiento típico se lleve a cabo una vez verificada la excusión. Y el artículo 1831 de esta norma establece que «La excusión no tiene lugar: 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella. 2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor. 3.º En el caso de quiebra o concurso del deudor. 4.º Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino».

extraneus (123), en la categoría de inductores o cooperadores necesarios (124), e incluso cómplices –pero no podrían ser autores de ninguna de sus modalidades al no ser deudores ni ejecutados–. Y desde el año 2010 se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es por ello por lo que, según el artículo 31 bis CP, la actuación delictiva que realicen los administradores de hecho o de derecho, empleados e incluso los liquidadores de una persona jurídica puede generarle responsabilidad penal a ésta, en tanto que tales actuaciones se hayan realizado en nombre o por cuenta de ella, y en su beneficio directo o indirecto; o por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

De otro lado, respecto de la antijuridicidad y las circunstancias modificativas, son aplicables –cumpliendo los requisitos establecidos – todas las eximentes previstas en el artículo 20 del Código –genéricas para toda clase de delitos–. Debe tenerse en cuenta que también tiene cabida la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 para quienes cometan el delito contra cualquiera de las personas de su entorno familiar a las que se refiere el precepto –esto es, cónyuges no separados legalmente, o de hecho, o en un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio; ascendientes; descendientes; hermanos, por naturaleza o por adopción; y afines en primer grado si viviesen juntos–, salvo que concurra «violencia o intimidación, o

(123) El Tribunal Supremo ha sostenido que el delito del actual artículo 259 –antiguo 260.1– puede ser cometido tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración del concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor encaminada a la defraudación de los acreedores puede producirse en un escenario preconsursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal. *Vid.* STS 494/2014, de 18 de julio.

(124) La SAP Barcelona 26/2018, de 18 de enero, que aborda un delito de insolvencia punible integrado en el antiguo artículo 260 CP, actual 259.1 CP, pero que además trae un delito de alzamiento de bienes independiente, imputando al cooperador necesario, señaló que «no basta el conocimiento, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo, de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos»; «la actuación de la Sra. Marí Trini, tan solo cabe atribuirle responsabilidad del acto de alzamiento antes citado como cooperadora necesaria, al ser plenamente consciente y prestarse a asumir la totalidad de la propiedad de la citada vivienda para que sobre ella no se trabase embargo, si bien la convivencia del matrimonio se mantuvo inalterable» .

abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad».

Por tanto, en los delitos de insolvencias punibles serán de aplicación todas las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el CP, excepto la circunstancia mixta de parentesco –artículo 23 CP–, ya que resulta de preferente aplicación la excusa absolutoria del artículo 268 –respecto de las personas mencionadas en el precepto–; y excepto de la alevosía, contemplada como una circunstancia agravante únicamente en los delitos «contra las personas» –artículo 22.1 CP–.

1. El subtipo básico del artículo 259.1 CP. Las conductas irregulares en estado de insolvencia actual o inminente

Siguiendo la normativa europea, hay que tener en cuenta que el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), aporta unas directrices a seguir en todo el territorio de la UE para que «los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y eficiente» (125). También es relevante la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de restructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 –sobre reestructuración e insolvencia (126)–.

Pues bien, es de sobra conocido que el Código Civil establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, en virtud del cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, tanto presentes como futuros. Con ello lo que se pretende no es otra cosa que el deudor, en aquellas situaciones de crisis económica o insolvencia acuda a los órganos judiciales con el volumen real que integra el activo de su situación patrimonial, y colabore en la adopción de las decisiones oportunas, respetando lo que resuelvan tales órganos judiciales. Este deber de diligencia es digno de protección en la esfera civil como en la penal –para el caso de incurrir en un

(125) *Cfr.* Reglamento UE 2015/848, considerando 3.

(126) *Vid.*, al respecto, Pérez-Crespo Paya, F.: «Medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales: Las relaciones entre los planes de reestructuración y el convenio concursal», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring,* n.º 3 extraordinario, octubre de 2021, pp. 275 a 304.

delito (127)–. De modo que las deudas no constituyen, *per se,* delito de insolvencias punibles (128).

Como se ha dicho, el Código Penal español de 1995, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (129), rompió con la clásica regulación conjunta de los delitos de alzamiento de bienes (130), configurando un capítulo específico –VII bis (131) del Título XIII (132), «De las insolvencias punibles» (133)–. Las con-

(127) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p. 441.

(128) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: Últ. *op. cit.*, p. 428.

(129) El Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en su apartado XVI articula la nueva regulación de las insolvencias punibles sobre una doble necesidad, por un lado «la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico»; y, por otro «la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido». Seguidamente, advierte que «la norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor».

(130) La SAP de Guipúzcoa, de 31 de marzo de 2017, si bien refiriéndose todavía a la regulación anterior, anunció que el delito de insolvencia punible en realidad no difiere del de alzamiento de bienes, más allá de que el «delito de insolvencia punible requiere la declaración civil de insolvencia. Este elemento constituye una condición objetiva de punibilidad, en virtud del cual la declaración civil de concurso transforma el estado fáctico de la insolvencia en condición jurídica de concursado».

(131) Bajo la rúbrica «De las insolvencias punibles», el Código penal tipifica distintas conductas delictivas que comparten algunos elementos comunes, tales como la naturaleza jurídica, el bien jurídico protegido o los sujetos activos y pasivos del delito.

(132) El Título XIII del Libro II del Código penal, rubricado «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», ha unificado dos grupos de delitos que no comparten el mismo denominador común, ya que con los delitos contra el patrimonio se protegen intereses económicos individuales, mientras que con los delitos contra el orden socioeconómico se protegen intereses económicos supraindividuales, colectivos o sociales. *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio… *op. cit.*, p. 325.

(133) En palabras de la profesora GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «¿Libertad económica o insolvencia punible? El riesgo (no) permitido del deudor como problema sine die», en Rodríguez Ramos. L. (Dir.): *Reformas Penales en la Península Ibérica: A Jangada de Pedra.* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 57, 58 y 60, «el legislador, a diferencia de la línea jurisprudencial anterior a la reforma de 2015, ha tipificado conductas que constituyen una gestión irregular o indebida del patrimonio. En suma, ya no es posible afirmar que el deudor que actúa con indiferencia respecto de la posibilidad de que determinadas actividades pudieran conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase y,

ductas que conforman el tipo básico del delito se tipifican en el artículo 259.1 CP, siempre bajo la premisa de la manifestación de una «insolvencia actual o inminente». Con ello, el legislador penal español se refiere a la imposibilidad de un determinado deudor de hacer frente al pago de las obligaciones económicas que hubiere contraído.

Cuando se alude a insolvencia inminente debe entenderse aquella que tiene lugar cuando deudor no puede afrontar el pago de los créditos u obligaciones exigibles por los acreedores, pero que, en principio, todavía la masa patrimonial de sus activos supera el volumen de las deudas contraídas, por lo que sería posible liquidar aquélla para satisfacer éstas. En cambio, cuando se refiere la norma a insolvencia actual, responde a una situación en la que el activo del deudor resulta inferior a la suma de los pagos inmediatamente exigibles, por lo que, aunque se liquidase toda la masa que integra el activo, no podrían satisfacerse las obligaciones económicas del deudor. En el primero de los casos –insolvencia inminente–, el deudor requiere de tiempo para liquidar sus activos patrimoniales, y, por tanto, obtener la liquidez suficiente para atender sus obligaciones económicas. Así, consiguiendo un efectivo sistema de fraccionamiento y aplazamiento de pagos –diferimiento de los mismos–, podría cumplir con todas sus obligaciones contraídas. En el segundo caso –insolvencia actual– se trata de una suerte de quiebra o bancarrota, ya que se declara una incapacidad de pago definitiva, y requiere que los acreedores renuncien parcialmente a sus créditos –con sus respectivos intereses–, pese a que proceda la ejecución del completo patrimonio del deudor, que, como indico, no alcanzará para satisfacer totalmente a todos los créditos (134) de todos los acreedores (135).

La reforma del Código penal de 2015, en lo que aquí nos atañe, ha devenido en una suerte de amplio abanico de infracciones que, con anterioridad, no eran constitutivas de delito, siendo atendidas por la legislación concursal, en tanto que eran conductas que permitían calificar el concurso de acreedores como culpable, pero no como un hecho

---

con ello, a la insolvencia, esté exento de responsabilidad penal»; y «la posibilidad de apreciar que, tras la reforma 2015, las insolvencias punibles se construyan como una subespecie de delitos de administración desleal frente a los acreedores».

(134) Sobre esta cuestión, *Vid.* SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: *Estudio crítico… op. cit.*, pp. 126 y ss.

(135) Acerca de estas referencias relativas al estado de insolvencia, así como criterios e interpretaciones conceptuales, *Vid.*, entre otros, MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución… *op. cit.*, p.. 159-161; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, pp. 489 y 490; QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis. De las insolvencias punibles», en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español.* 8.ª ed. Tomo II. Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 164 y ss.

delictivo. Así, conforme a la Ley Concursal, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravamiento del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor (136).

Queda patente el intento del legislador de acercar la legislación penal en materia de insolvencias punibles a la regulación mercantil sobre este tenor, si bien es cierto, en la norma penal no se exige ahora la existencia ni la apertura de un proceso concursal para la consumación delictiva. En palabras de Souto García (137), a pesar de que el Código penal emplea verbos distintos respecto de la legislación mercantil, lo cierto es que algunas conductas de ambas regulaciones se solapan.

Esta clase de delitos en particular, y los delitos económicos en general (138), tienen en común una fase de instrucción larga, debido a lo farragoso que resultan las investigaciones llevadas a cabo para esclarecer los hechos, así como identificar al (los) sospechoso (s). Esto genera en gran medida que los procesos se dilaten en el tiempo, alargándose la espera para obtener una resolución definitiva (139). Y, en algunos casos, los Jueces y Tribunales se ven obligados a tener que incluir en sus resoluciones las sucesivas reformas del Código Penal.

Así, puede apreciarse al analizarse detenidamente las sentencias que no en pocos casos el delito se perpetró antes de una o sucesivas reformas (140) sobre la materia, pero la sentencia tiene lugar tiempo después como consecuencia de las dilaciones ya referidas, entre otros motivos (141). Por tanto, los Jueces deben aplicar la ley que estuviera

---

(136) Ciertamente, dispone el artículo 442 de la Ley Concursal: «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones».

(137) *Vid.* Souto García, E.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 817.

(138) *Vid.* Zugaldía Espinar, J.M.: «Consideraciones dogmática, político criminales y procesal es en torno a los delitos de alzamiento de bienes, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en VV. AA.: *Represión y Estado de Derecho: homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares,* Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 745-756.

(139) Uno de los ejemplos más claros ha sido el caso «Pescanova», resuelto por la SAN 2351/2020, de 6 de octubre, en la que concurrieron distintos delitos económicos tras una dilatada instrucción que reunió miles de folios y varios tomos.

(140) A modo de ejemplo, la SAP Valladolid 206/2017, de 27 de junio (F. Primero) estableció que «Lo primero que ha de indicarse al abordar este asunto es que, dado el tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, en algunas materias se ha visto modificado el Código Penal por lo que hemos de atenernos a la redacción que en tales aspectos tenía el ordenamiento jurídico penal al tiempo de cometerse los hechos».

(141) Advierte la STS 1126/2021, de 18 de marzo (F. Quinto 2), que «importa señalar que, aunque es verdad que los hechos enjuiciados se produjeron aproximada-

vigente en el momento de la comisión del delito (142), y no la que está vigente cuando se promulga la sentencia, a no ser que esta ley resulte más beneficiosa para el reo, en cuyo caso será esta última la que será objeto de aplicación (143).

En nuestro sistema jurídico, en atención a la trascendencia de la crisis económica o insolvencia individual, se establece una regulación específica para la ordenación procedimental, así como para su solución económica en cada caso concreto. A tal fin, rige en la actualidad una dualidad normativa (144) en el orden penal y mercantil, estableciéndose con precisión los supuestos en los que se considera que existe legalmente un concurso, y determinándose los procedimientos judiciales que deben iniciarse para resolver esas situaciones de crisis,

---

mente quince años antes de la celebración del juicio (que tuvo lugar los días 19,20 y 21 de junio de 2017) no es aquella la fecha que debe tomarse en consideración a los efectos de ponderar el concurso de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y extraordinarias».

(142) De hecho, todavía hay sentencias que ligan los alzamientos a los delitos de insolvencias punibles -seguramente por la concurrencia de los hechos anteriores a la reforma penal de 2015-. *Vid.* STS 750/2018, de 20 de febrero; STS 355/2017, de 17 de mayo de 2017.

(143) En este sentido, señala el artículo 2.1 CP que «No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración»; y el apartado 2, añade que «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena».

(144) Al respecto, la magistrada PÉREZ GÓMEZ, R.: «La nueva regulación del delito de insolvencia punible en el Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo», en *Revista de Derecho, Vlex,* n.º 136, septiembre de 2015, pp. 2-5, ha puesto de manifiesto la delgada línea existente entre el orden penal y el ámbito mercantil –si bien no se refiere a la actual Ley Concursal de 2020– en relación con la insolvencia, y realiza una comparativa entre ambos órdenes, apuntando que «el artículo 259.1 (CP) reproduce, sin añadidos, las conductas previstas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, sin que por otra parte el tipo penal exija que la conducta llevada a cabo por el deudor sea la causante de su estado de insolvencia, basta con que se realicen cuando esta insolvencia ya existe o es inminente». Y añade que «El artículo 260 penaliza el favorecimiento por parte del deudor de alguno o algunos acreedores de forma discrecional, ya sea antes o después de haber sido declarado el concurso (…). De nuevo se reproduce el artículo 71 de la Ley Concursal referente a las acciones de reintegración concursales que establece los criterios para determinar cuándo tal selección se considera fraudulenta». Y concluye que esta dualidad normativa «nos hacer dudar de sí quizás se ha producido una criminalización de conductas que anteriormente tan sólo constituían irregularidades mercantiles y si de esta manera se está ofreciendo a los acreedores una doble vía de protección de sus créditos, que pueda generar, en numerosas ocasiones la interposición de denuncias en vía penal, a menudo infundadas, que supongan un nuevo colapso de los Juzgados Penales por cuestiones que en el fondo son susceptibles de solventarse en vía mercantil».

y detallándose los requisitos formales y materiales que es preciso cumplir para acudir a tales trámites, una vez puede acreditarse la real situación económica de insolvencia.

Así, se exige que el deudor en situación de insolvencia actual o inminente se comporte con un específico deber de diligencia en la gestión de sus actividades y de su masa patrimonial –velando por los intereses de sus acreedores, para poder satisfacer sus créditos–, y facilite la adopción –por parte de los órganos judiciales– de las decisiones pertinentes para garantizar la protección patrimonial de las obligaciones económicas contraídas.

Partiendo de la premisa máxima de que el deudor es responsable del cumplimiento de sus obligaciones contraídas con todos sus bienes presentes y futuros, y de que además recae sobre él un deber específico de actuar con diligencia en la gestión de sus asuntos económicos, puede hacer emerger la maquinaria pesada del Derecho penal cuando, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, incumpla el referido deber de diligencia.

Ciertamente, el legislador ha diseñado una relación de conductas que suponen el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles al deudor. Dicho incumplimiento puede considerarse condición objetiva de punibilidad (145), por lo que, en caso de no darse, las conductas no superarían el estado de la atipicidad (146). En síntesis, al Derecho penal le invocará aquella situación de insolvencia patrimonial que esté causada o agravada mediante conductas fraudulen-

(145) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p. 443; Pastor Muñoz, N.: «Obtención fraudulenta…», *op. cit.*, pp. 309-311; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial.* 24.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 471; De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 377; Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 177; Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: *Frustración de la ejecución... op. cit.*, capítulo III de la obra.

(146) Ciertamente, la STS 1018/2008, de 26 de octubre, si bien refiriéndose al articulado anterior a la reforma llevada a cabo en 2015, expuso que el perjuicio a los acreedores es un elemento del tipo y lo razona de la siguiente forma: «con relación al perjuicio a los acreedores, realmente este requisito no resulta propiamente de una primera aproximación interpretativa al contenido del tipo que se encuentra incluido en el artículo 260.1 del Código penal, pero creemos indudable su concurrencia. Primeramente, porque este delito lo es de resultado, ya que requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia, que debemos considerarla como «generalizada» (derivada del propio concepto del concurso)... pero dando por supuesto que, siempre, tendrá que haber algún perjuicio a los acreedores, lo que, además, es de toda lógica, pues en caso contrario no se comprendería la razón de penalizar este comportamiento. El delito previsto en el artículo 260 es doloso y el dolo ha de comprender lógicamente todos los elementos del tipo, incluyendo el resultado material que, como hemos referido antes, es dual: la situación de insolvencia y el perjuicio efectivo a los acreedores».

tas (147), y no un mero incumplimiento o impago de las obligaciones contraídas por el deudor.

Ahora bien, quien, estando obligado, no respondiese al deber de diligencia exigible, incurriría en sanciones específicas en el ámbito civil, y, posiblemente, además, en un delito. En este sentido, la norma punitiva se dirige a aquellos deudores que, encontrándose en tal situación de insolvencia inminente o actual, incumplan el específico deber de diligencia y que, a través de alguna de las distintas conductas contempladas en el artículo 259.1 CP, deje de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (148), o sea declarado en concurso, o lleve a cabo la conducta prevista en el artículo 260.1. Así pues, se pueden clasificar las conductas en dos grupos (149): uno que engloba las conductas contrarias a la razonabilidad económica que ocasionan una depauperación del patrimonio del deudor que se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente; y, otro grupo que contempla las conductas de causación de la insolvencia mediante conductas de bancarrota. En definitiva, se sanciona la causación de «crisis económica o insolvencia» (150) en los supuestos tasados. A su vez, en el

(147) En este sentido, el objeto material de las fraudulencias patrimoniales estaría constituido por los bienes que pueden integrar la masa activa del concurso, es decir, aquellos bienes integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren hasta la conclusión del procedimiento, a excepción de los que, aun teniendo carácter patrimonial, «sean legalmente inembargables» (artículo 192.2 de la Ley Concursal), así como algunas prevenciones relacionadas con los bienes conyugales y de propiedad ajena (artículos 193-196, 239 y 240 de la Ley Concursal).

(148) Tras la reforma penal de 2015, se mantiene la declaración de concurso, pero se añade el supuesto en el que «el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». Es por ello por lo que ya no resulta un requisito necesario el hecho de que se declare civilmente el concurso. Esta previsión, Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 181, la habría sustituido por la existencia patente de un «sobreseimiento general de todas las obligaciones», con vistas a que solo esta situación global, y no parcial, de incumplimiento frente a las deudas de los acreedores, pudiera hacer surgir la acción penal contra el deudor.

(149) *Vid.* De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 380.

(150) La STS 652/2018, de 14 de diciembre, al respecto manifestó que «El concepto de crisis económica es más amplio que el de insolvencia, pero como la tipicidad penal se vincula con una situación de insolvencia declarada judicialmente, resulta razonable interpretar el concepto de crisis con la situación de insolvencia inminente». Además, «para la exigencia de responsabilidades penales (…) la actuación del sujeto activo debe haber causado o agravado dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia. Hay una doble situación de hecho sobre la que ha de operar la actuación del sujeto activo: una crisis económica o una situación de insolvencia, que no son conceptos jurídicos equivalentes, y hay también una doble posibilidad en la actuación del sujeto activo, causar o agravar la crisis o la insolvencia»; «La

primero de los grupos se prevén dos subtipos de conductas, esto es, las que pretenden disminuir indebidamente el patrimonio o que supongan un riesgo de pérdidas económicas injustificadas; y las que supongan una infracción de los deberes contables legales, obstaculizando a los acreedores conocer la situación económica del deudor (151).

Por tanto, se tipifican una serie de conductas que consuman el delito a modo de acciones u omisiones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (152) –por las que se reduce de manera indebida el patrimonio que se halla en garantía del cumplimiento de las obligaciones de los acreedores–, o que dificultan o imposibilitan el conocimiento de los acreedores de la verdadera situación económica del deudor.

Ciertamente, del análisis semántico de la redacción del artículo 259, podemos definir que no nos hallamos ante conductas que se producen exclusivamente en el seno de un procedimiento concursal (153), donde la libre disposición y gestión económica del deudor se halla limitada, sino que se contempla conductas que pueden realizarse antes de la apertura del concurso, en un escenario preconcursal, a saber, cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia, bien porque no pueda satisfacer sus obligaciones, bien porque es previsible que no podrá atenderlas en los siguientes meses –insolvencia actual o inminente–. Esto es, se haya declarado el concurso o no.

---

causación es un concepto fácilmente aprehensible y supone la existencia de un vínculo causal entre la crisis o insolvencia y la actuación del sujeto activo. No obstante lo anterior, la insolvencia suele ser multifactorial por lo que la conducta del autor debe ser relevante desde el punto de vista causal para que pueda atribuírsele el resultado».

(151) *Vid.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal… op. cit.*, p. 99.

(152) En este sentido, Sánchez Dafaude, M.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 488, apunta que debería recibir la denominación de delito empresarial, habida cuenta que no se puede exigir que un particular deba responder penalmente por la mera gestión desordenada de su propio patrimonio. De esta manera, entiende, de manera acertada, que los particulares podrían cometer un delito de alzamiento de bienes, pero no deberían ser sujetos activos del delito concursal, concebido estrictamente para profesionales cuya actividad profesional pueda afectar al crédito de sus acreedores, pero no cualquier particular. Además, considera el autor que sería absurdo que un padre cabeza de familia que resulte declarado en concurso de acreedores pueda responder penalmente por el artículo 259 CP. Para solucionar este tipo de situaciones, propone que el artículo 259.4 CP -que como condición objetiva de punibilidad exige que se haya dejado de cumplir regularmente las obligaciones exigibles o haber sido declarado en concurso- pase a incluir en la redacción un supuesto adicional condicional, a saber: «… o cuando el deudor haya sido objeto de una intervención pública destinada a su saneamiento económico financiero». Y es que la insolvencia no se describe aquí como un resultado, sino como un suceso posterior, desligado de la voluntad y dominio del autor.

(153) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 810.

Vemos, pues, que se reconoce a posteriori esa limitación de la libertad de actuación del deudor durante el período referido, por lo que la equiparación, a efectos de insolvencia, por parte del legislador, «no resulta inadecuada» (154), exigiéndose al deudor insolvente un deber de diligencia (155) que no ponga en riesgo la finalidad perseguida por el procedimiento concursal –iniciado o de previsible iniciación–.

Y todas estas conductas que pretendo desgranar, se regulan en el artículo 259.1 y 2 del CP –este apartado 2 se analiza con posterioridad–, que sancionan al deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia inminente o actual, deje de cumplir con sus obligaciones económicas o haya sido declarado judicialmente en situación de concurso. Las conductas (156) en concreto son las siguientes (157):

1) Ocultar, causar daños o destruir los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían de estarlo, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

---

(154) *Cfr.* Faraldo Cabana, P.: Últ. op. y *loc. cit.*

(155) La normativa concursal contempla acciones rescisorias de los actos perjudiciales para la masa activa dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, así como acciones de impugnación de los actos del deudor que procedan conforme a derecho (artículos 226 y ss., y 238 TRLC).

(156) La SAP Valladolid 206/2017, de 27 de junio, manifestó que «la acción consiste en la realización de cualquier comportamiento que suponga una ocultación de los bienes a los acreedores, ya se trate de actos jurídicos o materiales. Acción que ha de tener como consecuencia la provocación de una efectiva situación de insolvencia del deudor». Por su parte, la SAP Madrid 748/2015, de 11 de noviembre, apuntó que «la dinámica comisiva puede adoptar distintas formas: actos de enajenación, actos de constitución de gravamen, destrucción material del bien, su ocultación o, incluso, la ficción o simulación de actos de disposición o de gravamen»; «admite, no obstante, diversas formas de participación, siendo especialmente frecuente la participación necesaria, como contraparte en los actos de disposición o aumento del pasivo o bien colaborando a la realización de los actos que conforman el alzamiento»; «cuyos requisitos habrán de ser: a) Efectiva, real e incontrovertible situación de insolvencia; b) Situación creada deliberada y metódicamente por el acusado, poniendo en marcha los mecanismos previstos en el tipo; c) Al mismo tiempo, consecución de la declaración judicial -aunque no es necesario este acto formal- para configurar el tipo, por actividades encaminadas a realizar actos de disposición patrimonial y al mismo tiempo de generación de obligaciones; y d) Aunque el tipo se consuma por la dificultad que supone para los acreedores el cobro de su crédito, lo que simplemente generaría responsabilidades indemnizatorias, también se contempla la imposibilidad del cobro, lo que, al igual que sucede con el que se alza con los bienes e impide el cobro, pone en marcha la decisión reparadora de anular las operaciones realizadas».

(157) Las conductas señaladas entre los numerales 1 a 5 son conductas que afectan al patrimonio del deudor; en cambio, las restantes afectan a los deberes legales contables. En relación con esta serie de conductas, *Vid.*, entre otros, los estudios de Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, pp. 813 y ss.; Galán Muñoz, A.: «Los delitos patrimoniales de defraudación (II): Frustración de la

Se sancionan, en primer lugar, las conductas de los deudores cuando contravienen las reglas de una «gestión ordenada en los asuntos económicos» (158). Se pueden apreciar tres elementos (159): uno conductual, que obedece a la acción del autor –ocultar, dañar o destruir–; otro elemento objetivo, que exige que la acción afecte a bienes de la masa activa; y, un elemento temporal, referido al momento de la apertura del concurso.

Traigo a colación el contenido del artículo 193 de la Ley Concursal, que señala que «la masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento», con excepciones como las del carácter de inembargabilidad (160) de algunos bienes y derechos. En esta modalidad, los bienes desaparecen de la masa activa del concurso, o no constan los que deberían estar integrados –ocultación–, o sufren una disminución de valor a raíz de la actuación del deudor –daño o destrucción–.

En este sentido, podría surgir el interrogante sobre qué ocurriría si se realiza por parte del deudor –actuando relativamente con buena fe–, en situaciones de crisis y atendiendo al fin de sostenibilidad de la empresa, alguna maniobra de «salvamento» que consista en la transferencia de activos patrimoniales o la satisfacción de deudas no vencidas (161). En este sentido se plantean dudas sobre la tipicidad, que pudieran hacer surgir los interrogantes acerca de si la cantidad a la que ascendían las transferencias era o no suficiente, o si con tales maniobras del deudor se consiguió o no sanear su situación deudora, con la consiguiente insatisfacción del derecho de cobro de los acreedores (162). En mi opinión, sería esencial conocer el ánimo del sujeto activo, para determinar el elemento subjetivo del posible delito, no

---

ejecución e insolvencias punibles», en Galán Muñoz, A./Núñez Castaño, E.: *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa.* 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 125 y ss.; González Cussac, J. L.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, pp. 505 y 506; Navarro Cardoso, F., Montesdeoca Rodríguez, D.: «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Acale Sánchez, M. (Dir.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal.* Tomo IV, Iustel, Madrid, 2023, pp. 31-50; Meléndez Sánchez, F.L.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, pp. 512-514; Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: *Frustración de la ejecución… op. cit.*, Cap. III.II; Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, pp. 807 y ss.

(158) *Cfr.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal… op. cit.*, p. 100.

(159) *Vid.* Armenteros León, M.: *Relaciones y conflictos entre el concurso y el derecho penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 76.

(160) *Vid.*, nota 147.

(161) *Vid.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal… op. cit.*, p. 101.

(162) *Vid.* Nieto Martín, A.: *El delito de quiebra… op. cit.*, p. 116

sólo el resultado obtenido con sus actuaciones –con un claro perjuicio a alguno o algunos de los acreedores–. No obstante, en el contexto de una crisis económica y en relación con la satisfacción de deudas no vencidas, cierto sector doctrinal plantea la posible tipicidad de la conducta (163).

En cuanto a las acciones de destruir, dañar o inutilizar partes del capital, pese a que no aportan ningún beneficio al deudor, sí ocasionan un perjuicio al acreedor.

2) Realizar actos de disposición, mediante la entrega o transferencia de dinero o de otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

En esta modalidad se castiga la entrega de dinero o bienes, y la asunción de deudas, lo que constituirían actos de reducción del activo o aumento del pasivo, que serían sancionables cuando resulten desproporcionados sobre el patrimonio o ingresos del deudor, y carezcan, así mismo, de justificación económica o empresarial. En este sentido, el artículo 227 de la Ley Concursal señala que «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real». Y el artículo 228 apunta que «salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2.º Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real».

Se trata de conductas que se pueden materializar de forma activa –entrega o transferencia–, o de forma pasiva –asunción de deudas–. Obedece a una gestión económica o patrimonial del deudor, de manera malintencionada y fraudulenta, en perjuicio para los acreedores.

Su esencia consiste en realizar actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales. En este punto, para que la actuación del deudor sea constitutiva de delito

(163) Entre otros, *Vid.* Feijoo Sánchez, B. J.: *Crisis económica y concursos… op. cit.*

se exige (164) que los actos de disposición no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, y que carezcan de justificación económica. Se incluyen las acciones u omisiones que producen la disminución irracional del activo, a través de negocios de pérdidas, operaciones por diferencias con mercancías o títulos-valores o que generen un endeudamiento excesivo por medio de gastos antieconómicos, juegos o apuestas (165).

3) Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

En esta modalidad se contemplan conductas que suponen una disminución del activo sin justificación económica, y ello sin mencionar que se trata de justificación económica empresarial (166). La única finalidad pretendida es la de defraudar a los acreedores.

Así, aquí podrían incluirse las ventas a pérdidas (167), ventas muy por debajo de precio de mercado a familiares –para favorecer al familiar o producir una alteración del titular ficticio, en perjuicio de los acreedores– (168).

Ahora bien, la venta por debajo del precio de adquisición puede carecer de sentido por la gran dificultad de establecer cuál es el precio justo y cuál es el precio posible (169). En general, se trata de criterios que pivotan sobre la falta de justificación económica, y suponen una carga valorativa de difícil aplicación práctica.

4) Simular créditos de terceros o reconocer créditos ficticios (170).

En este caso se sancionan las conductas orientadas a agravar la situación económica del deudor, incrementando el pasivo patrimonial,

---

(164) *Vid.* Armenteros León, M.: *Relaciones y conflictos… op. cit.*, p. 78.

(165) *Vid.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal… op. cit.*, p. 106.

(166) En opinión de Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 814, esta modalidad se podría haber incluido en el numeral anterior.

(167) La STS 1175/2016, de 14 de marzo, condenó la conducta del recurrente consistente en despatrimonializar la sociedad a través de cesiones de hipotecas, ventas, compras, utilización de testaferros y terceras personas interpuestas, extracciones de dinero, etc., dejando a la sociedad sin activos, trasladando los activos de aquella a empresas del propio administrador o gestionadas por él.

(168) *Vid.* Souto García, E.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 813.

(169) *Vid.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 165.

(170) Resulta de interés, en este sentido, la STS 268/2020, de 29 de mayo, que señaló que «La sentencia recurrida calificó de simulado el contrato de factoring que suscribieron los acusados, con un argumentario que partió del reconocimiento sobre tal extremo de la parte ahora recurrente, lo que ahora ésta niega. En cualquier caso, lo relevante es que el marco contractual que surgió del mismo fue el instrumento del que sirvió al empleado de la entidad para conformar esos créditos simulados que ensam-

con la exclusiva finalidad de perjudicar a los acreedores. Esta modalidad es muy frecuente en la praxis, y constituye, en puridad, la misma clase de acción. No obstante, perfectamente esta modalidad se podría haber incluido en el numeral 2.º, no siendo necesaria su previsión en una descripción independiente.

5) Participar en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso, y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

En esta modalidad se castiga a quien participe en negocios especulativos en los que existe un alto riesgo de pérdida –y de beneficios–, resultando contrario al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos.

Conviene señalar que, según la RAE, la especulación es «la operación comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro». Por otro lado, atisba Faraldo Cabana que, en Economía, la especulación «es el conjunto de actuaciones comerciales o financieras que tienen como fin la obtención de un beneficio financiero gracias a las fluctuaciones de los precios, es decir, un tipo de inversión que no conlleva un compromiso con la gestión de los bienes en los que se invierte, pues se limita al movimiento de capitales, habitualmente a corto o medio plazo» (171). Para esta autora, no existen argumentos de peso para criminalizar esta conducta descrita (172).

Ahora bien, el riesgo, la libertad de empresa y la disposición son variables inherentes a la actividad mercantil, por lo que cualquier generación de la insolvencia en ese sentido no será constitutiva de delito. Solamente alcanzarán el tipo penal aquellos comportamientos contrarios a una gestión regular y prudente (173). Así, en opinión de Monge Fernández, pese a que la actividad empresarial contiene una

---

blan la aplicación del tipo previsto en el actual artículo 259 1. 4.ª, que se aplica como sucesor del 260 vigente a la fecha de los hechos (anterior a la LO 1/2015), y que lo hizo en el ámbito de sus funciones como empleado del recurrente, que de esta manera consolidó su posición como responsable civil subsidiario que opera como garantía frente a terceros, sin perjuicio de las acciones de repetición que pueda ejercitar».

(171) *Cfr.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 814.

(172) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «Vuelta a los hechos de bancarrota», en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación,* n.º 23, 2015, p. 63; de la misma: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 814; Gutiérrez Pérez, E.: «El delito (para) concursal como paradigma del exceso punitivo», en *Temas clave de derecho penal: Presente y futuro de la política criminal en España.* Bosch, Barcelona, 2021, p. 341; De la Mata Barranco, N.J.: *Delitos de frustración… op. cit.*, p. 315; Souto García, E.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 816.

(173) *Vid.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal… op. cit.*, p. 111.

elevada dosis de riesgo, las acciones del deudor deberán realizarse con un cierto grado de prudencia. En este sentido, contraer créditos empresariales es siempre una actividad arriesgada, impune penalmente si se realiza una gestión empresarial ordenada, pero si no se adoptan las pertinentes cautelas podría realizarse una conducta ilícita, contraria a los riesgos normales.

Lo que hay que tener en cuenta es que los negocios especulativos comprometen el patrimonio del deudor, asumiendo un riesgo potencialmente perjudicial tan elevado que sería incompatible con una gestión diligente, pero aun así la redacción genera cierta inseguridad jurídica (174), ya que no resulta sencillo establecer cuándo estamos en presencia de una actuación diligente, ordenada o racional, en un determinado momento del mercado y en un negocio concreto (175). Y en cuanto a las fraudulencias documentales, éstas se caracterizan por afectar a la contabilidad y demás documentación empresarial, coincidiendo las conductas con las descritas en los delitos de falsedades, en los artículos 290 y 390 y ss. CP).

La gestión ordenada es considera por cierto sector doctrinal como una causa de justificación (176). Otros han considerado que se trataría de un elemento del tipo que se aproxima a la figura del «riesgo permitido» (177), determinando la imputación objetiva del resultado (178) lesivo para el ejercicio de su derecho por los acreedores.

Puede apreciarse que el artículo 259.1 CP reproduce las conductas previstas en la Ley Concursal en relación con la calificación del concurso, sin que el tipo penal exija que la conducta del deudor produzca su estado de insolvencia. Ciertamente, será suficiente con que la insolvencia exista o resulte inminente.

---

(174) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 815.

(175) *Vid.* Galán Muñoz, A.: *Presente y futuro de las insolvencias… op. cit.*, p. 315; Gutiérrez Pérez, E.: «El delito (para) concursal…», *op. cit.*, pp. 339 y ss.

(176) *Vid.* Ocaña Rodríguez, A.: *El delito de insolvencias punibles… op. cit.*, p. 72. En este sentido, apunta Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 166, que «los negocios especulativos, tan caros a nuestra sociedad, pueden tener explicación por la codicia. Pero en tanto que no son nunca actos de economía productiva, no puede plantearse nunca que los llamados "pelotazos" –ganancias que se obtienen sin haber incrementado en nada el valor de lo que se adquiere y luego se vende– puedan llegar a tener «justificación económica», pues no son propios del auténtico empresario. Cuestión diferente es que muchos lo hagan, pero si la operación fracasa y se va a la bancarrota –por esa y otras causas– nunca debiera esperar justificación de especie alguna».

(177) Sobre las situaciones del riesgo permitido en las insolvencias, *Vid.* Gutiérrez Pérez, E.: *Alzamiento de bienes e insolvencias punibles… op. cit.*, pp. 415 y ss.

(178) De esta opinión, *Vid.* Nieto Martín, A.: *El delito de quiebra… op. cit.*, pp. 99 y 100.

Así, todas las conductas anteriores conforman un delito especial de mera actividad (179).

6) Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, o cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera; y destruir o alterar los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

Las conductas que el Código penal tipifica en su artículo 259.1.6.ª-8.ª se refieren a la denominada insolvencia punible documental (180). En este sentido, la reforma de 2015 amplió el injusto típico del delito, incluyendo diversas conductas que suponen infracciones de los deberes legales contables, siempre que estas conductas sean relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera (181).

Las conductas descritas deben suponer un obstáculo para la comprensión de la situación financiera o patrimonial del deudor. Esta obstaculización ha de ser sustancial. La falta de contabilidad puede provocar la quiebra, y al tratarse de un delito de peligro según el legislador –con los matices que puedan surgir aquí–, puede tratarse de una conducta objetiva que produzca la situación de insolvencia.

Los deberes legales contables incluyen la obligación de llevar la contabilidad, siendo castigada tanto su omisión como la doble contabilidad o la comisión de irregularidades en la misma (182). La descripción de la modalidad coincide parcialmente con los hechos que permiten la calificación del concurso como culpable (artículo 443 Ley Concursal). En cuanto al deber de llevar la contabilidad, tanto el deudor civil como el mercantil se encuentran obligados legalmente a llevar contabilidad. Así, el deudor civil lo estará cuando es obligado tributario (artículo 29.2.d) LGT), o cuando lo establezca alguna legislación sectorial. Por su parte, el empresario estará obligado a llevar la contabilidad con carácter general (artículos 25 y ss., del Código de Comercio), así como cuando establezca la legislación sectorial. Llevar una doble contabilidad comprende los supuestos en que existe doble llevanza de documentos contables, pero también aquellos en los que se refleja una situación formalmente irreal, ficticia, ocultándose la verdadera situación patrimonial. Ciertamente, en la Ley Concursal se sanciona cualquier incumplimiento formal o material del deber de lle-

(179) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p. 443.

(180) *Vid.* Francés Lecumberri, P.: «El delito de insolvencia punible documental», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2019, pp. 1-32.

(181) *Vid.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal… op. cit.*, p. 114.

(182) *Vid.* Artículos 21, 124, 443.5.º, 444.3.º, 445 bis.2.3.º de la Ley Concursal.

vanza de la contabilidad que resulte sustancial (183), y debe incluirse entre los Libros contables el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales y el Libro Diario. La interpretación debe ser idéntica en el ámbito penal, siendo coherente con el clásico principio de intervención mínima del Derecho penal.

En cuanto a la comisión de irregularidades relevantes y la alteración de libros contables, debe interpretarse como la comisión de conductas falsarias previstas en el artículo 390.1 CP (184), incluyendo la de faltar a la verdad en la narración de los hechos, que es punible entre los particulares que se hallan en situación de insolvencia actual o inminente. Lo verdaderamente relevante será la causación de imposibilidad o dificultad para comprender la situación patrimonial del deudor. La destrucción de los libros equivale a no llevarlos, y la alteración de los mismos supone cometer falsedades en ellos (Artículo 390.1.1 CP).

7) Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar, durante el tiempo en que rige esta obligación legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

Nuevamente se tipifican las acciones atinentes a destruir o alterar documentación, si bien referidas a la documentación que el empresario está obligado a conservar. Esta conducta, que en principio solo se dirige hacia el empresario, como deudor mercantil (185), no exige que suponga dificultar la comprensión de la situación económica, sino la imposibilidad de examinar o valorar dicha situación real del deudor, aunque se ha manifestado que se refieren a lo mismo (186).

De entre la documentación que está obligado el empresario a llevar, habría que excluir la contabilidad, ya que es objeto de la conducta anterior. En cambio, el Libro de socios es exigible a las entidades de responsabilidad limitada; las sociedades anónimas y comanditarias llevan un Libro registro de acciones nominativas. Ambos deben legalizarse en el Registro Mercantil. También se encuentra el Libro de actas, en el que constan los acuerdos adoptados en las juntas y los órganos colegiados de la sociedad, que también debe legalizarse en el Registro Mercantil. Y para las sociedades unipersonales, se prevé el Libro de contratos entre la empresa y el socio. De otro lado, en el

---

(183) *Vid.* García-Cruces González, J.A.: «Concurso culpable», en Beltrán Sánchez, E./García-Cruces, J.A. (Dirs.): *Enciclopedia de Derecho concursal,* vol. I. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 551-566.

(184) *Vid.*, al respecto, Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, pp. 815-817.

(185) *Vid.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal… op. cit.*, p. 119.

(186) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: *Vuelta a los hechos de bancarrota… op. cit.*, pp. 55-70.

aspecto fiscal y tributario, también se antoja necesaria la llevanza de libros, siendo algunos obligatorios para cualquier tipo de sociedad, ya sea de empresario autónomo o entidad mercantil, como es el caso del Libro de facturas emitidas y recibidas a efectos de IVA. En este sentido, la documentación de carácter tributaria debe conservarse por un período mínimo de cuatro años. Sin embargo, la obligación de conservar los «libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados», se extiende a seis años desde el último asiento realizado en los libros (artículo 30 Código de Comercio), salvo que otras disposiciones generales o especiales establezcan un plazo distinto.

Esta modalidad delictiva constituye un tipo penal mixto alternativo, que incorpora tres conductas delictivas. Alterar la documentación «cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor» puede constituir un delito de falsedad en documento mercantil (artículo 390.1 numerales 1 a 3 CP), o delito societario de falsedad en documentos sociales (artículo 290 CP). Empero, ocultar y destruir no son modalidades típicas de las falsedades, aunque coinciden con la conducta del numeral anterior de este artículo, por lo que, en caso de concurso aparente de leyes, este precepto resultaría aplicable en armonía con el principio de especialidad (187).

8) Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o la valoración de la situación económica real del deudor; o incumplir el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

El tipo penal castiga las falsedades o irregularidades contables, aunque no afecten el pago del crédito. Basta con que el deudor, encontrándose en situación de insolvencia, realice las falsedades, sin ningún requisito adicional.

Se trata de un incumplimiento de obligaciones puramente formales del empresario. El hecho de no cumplir con la normativa contable en la llevanza de la contabilidad, o no cumplir con el deber de formular balances e inventarios en el plazo previsto, tan solo tendría relevancia en el momento en el que responde a una administración deficiente, pero tales incumplimientos tendrían sentido en el caso de que impidan obtener una imagen fiel del patrimonio del deudor (188).

---

(187) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 817.

(188) *Vid.* Bustos Rubio, M.: «Los delitos de insolvencias punibles…», *op. cit.*, p. 90; Monge Fernández, A.: El delito concursal…», *op. cit.*, p. 117; Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p, p. 818.

Con buen tino advierte Monge Fernández (189) que la actual tipificación del concurso punible resulta desafortunada y criticable por lo que respecta al aumento del injusto típico, habida cuenta que las modalidades constitutivas de las infracciones de los deberes contables coinciden sustancialmente con las infracciones civiles contenidas en la Ley Concursal, con lo cual la frontera entre los ilícitos civiles y penales queda difuminada, resultando incluso disfuncional.

Cabe afirmar que con relación a las conductas expuestas en los numerales 6, 7 y 8, que aluden a la ocultación de la situación económica patrimonial o financiera del deudor, se parte de la base de que éste se encuentra en una situación de insolvencia, por lo que tales conductas suponen un impedimento o dificultad del conocimiento de esta situación de insolvencia por parte de los acreedores. Estas conductas suponen una transgresión de los deberes legales enfocados en la contabilidad, con la documentación del negocio y las cuentas anuales del deudor, lo que supone que este infringe sus obligaciones, de manera que los acreedores se ven dificultados para conocer la verdadera situación económica.

Es evidente que estas conductas se dirigen particularmente al deudor como empresario –delito especial propio, como se ha expuesto–, y el deber de diligencia que se incumple, se encuentra amparado en normas extrapenales, y, en concreto, en el Código de Comercio, en sus artículos 25 a 49, y en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en sus artículos 253 a 262, y el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, entre otras, como en la Ley General Tributaria, en su artículo 29.2.d). Cumplir con esta serie de obligaciones facilitaría la identificación de la situación económica real del deudor.

Con relación al numeral séptimo, el plazo durante el que se extiende esta obligación descrita, por lo general es de 6 años*, ex artículo* 30 del Código de Comercio, si bien este plazo está expuesto a lo que estipule otra disposición normativa. En este sentido, la normativa tributaria señala, como una aplicación formal del contribuyente, conservar los libros de contabilidad, registros, programas, ficheros y archivos informáticos que sirvan de soporte, facturas y otros documentos y justificantes que tengan relación con las obligaciones tributarias, tal y como dispone el artículo 29.2.d) de la Ley General Tributaria. Este plazo de cumplimiento de la obligación es de 6 años, y es el que debe entenderse aquí, habida cuenta que es superior al

(189) *Vid.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal… op. cit.*, p. 119.

plazo de 4 años previstos de prescripción por parte de la Administración Tributaria.

9) Realizar cualquier otra conducta, activa u omisiva, que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor, o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

El legislador redacta una cláusula de cierre abierta, donde se incluyen todas las conductas dolosas que constituyen una infracción del deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos y que ocasionan una disminución del patrimonio del deudor o supongan una ocultación de la verdadera situación económica (190).

El requisito acumulativo de la conducta novena prevista en el precepto estriba en que ésta produzca una disminución del patrimonio del deudor, aspecto que no se especifica en el resto de las conductas expuestas en el precepto, aunque en algunas de ellas ya podría encontrarse implícito. En este sentido, ocultar, dañar o destruir bienes, así como simular deudas, necesariamente producirá un menoscabo patrimonial en el deudor. En este sentido, si consideramos que el delito se concibe como de peligro abstracto entenderemos que lo que se sanciona no es la disminución del patrimonio, sino que las conductas se realicen sin justificación alguna emergiendo una serie de riesgos que por el mero hecho de encontrarse el deudor en una situación de insolvencia no se puede permitir. De otro lado, conforme a este apartado noveno, si se realiza una interpretación sistemática será necesaria esa constatación de la disminución patrimonial (191).

Finalmente, en cuanto al inciso final segundo de este numeral, a diferencia de las anteriores conductas, no se exige la manipulación u ocultación de ningún documento, como pudieran ser libros y registros contables, documentos de negocio o cuentas anuales, etcétera. Lo que se exige en realidad es que el deudor realice cualquier acción u omisión dirigida a ocultar su situación económica, de manera que podría interpretarse que lo que el precepto pretende sancionar no es otra cosa que el hecho de que el deudor oculte una situación ruinosa de la acti-

(190) En este sentido, sobre esta cláusula de cierre se refiere De la Mata Barranco cuando apunta que engloba, «en definitiva, cualquiera de las conductas que pueden dar lugar a los delitos de frustración de la ejecución del acreedor, abriendo la puerta a comportamientos de naturaleza claramente imprudente (a ubicar no en el artículo 257 ni en este artículo 259.1 sino en el artículo 259.4), pero en situaciones ya de insolvencia, sin que la misma haya tenido que ser causada por ellas». *Cfr.* De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 382

(191) *Vid.* Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, p. 823.

vidad empresarial o el ejercicio de una doble actividad empresarial, tal y como sostiene Pavía Cardell (192).

No debemos pasar inadvertida la opinión de Faraldo Cabana, para quien un abanico tan amplio de conductas del 259.1 no resulta adecuado ni justificado, ya que algunas de ellas pueden castigarse como falsedad, otras como alzamiento, y algunas como administración desleal. Así mismo, algunos comportamientos descritos se acompañan con cláusulas valorativas «de difícil concreción, como la participación en negocios especulativos cuando ello carezca de justificación económica (193), que no delimitan el ámbito de lo prohibido con la necesaria taxatividad» (194); y en otras conductas se alude a un deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que no encuentra amparo legal para el caso de deudores civiles, aunque sí para deudores mercantiles –diligencia de un ordenado empresario, artículos 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital–. Si bien se podría haber limitado a empresarios (195), ello podría confrontar con el artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que prescribe que «en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado». Por último, se produce en la redacción una «indeseable superposición con los hechos que determinan la calificación del concurso como culpable en el procedimiento concursal, algo que se trató de evitar» en la redacción original del texto de 1995, a lo que se añade la sanción por imprudencia (196).

---

(192) *Vid.* Pavía Cardell, J.: Últ. *op. cit.*, p. 827

(193) Para la autora citada, lo relevante será que no exista una justificación económica o empresarial, además de que la conducta disminuya el patrimonio del deudor, y, por ende, la garantía de cobro de los acreedores al agravarse o crearse la situación de insolvencia. En otro caso carecería de relevancia penal. Es por ello por lo que para Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 819, se antoja necesaria una revisión de la redacción. Así mismo, esta cláusula de cierre ha sido catalogada de «peligrosamente imprecisa» por Bustos Rubio, M.: «Los delitos de insolvencias punibles…», *op. cit.*, p. 85.

(194) *Cfr.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 810.

(195) Al respecto, *Vid.* Gómez Lanz, F.J.: *El nuevo régimen de la frustración de la ejecución y las insolvencias punibles… op. cit.*, p. 484; Gutiérrez Pérez, E.: «El delito (para) concursal…», *op. cit.*, pp. 335 y 336; Sánchez Dafaude, M.: «Insolvencias punibles», en *Estudio crítico… op. cit.*, pp. 757 y 758; Faraldo CabanA, pp. 810 y 811.

(196) *Vid.*, las críticas minuciosas expuestas por Dafaude Sánchez, M.: *Estudio crítico… op. cit.*, pp. 77 y ss.

En definitiva, en la referida cláusula de cierre que caracteriza el presente numeral noveno, tendrían encaje aquellas conductas que supongan una reducción del activo o que impidan conocer la imagen fiel del patrimonio del deudor, pero, en todo caso, en defecto de aplicación de los anteriores numerales. Se trata de un delito que atenta al derecho de crédito, que exige que el deudor sea el causante de la situación de crisis o insolvencia, es decir, el deudor es quien ocasiona la insolvencia o la agrava si ya existía.

Como puede apreciarse, se trata de un delito mixto alternativo, en el que las nueve modalidades delictivas constituyen un delito especial, ya que el denominador común (197) del tipo exige que se

(197) Las STS 750/2018, de 20 de febrero y STS 355/2017, de 17 de mayo, han manifestado que «los elementos de esta categoría delictiva son: 1.º) Existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de un crédito, ya nacido, pero todavía no ejercitable, el deudor realice un verdadero y propio alzamiento de bienes. 2.º) Un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor. Por ello ha de incidirse en la estructura totalmente abierta a la acción delictiva, ya que la norma tipifica el «realizar» cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones; 3.º) Resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido; y 4.º) Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos. Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad». En términos parecidos, STS 730/2017, de 13 de noviembre, puso de manifiesto que «El tipo penal es un delito especial propio cuyos elementos esenciales son: su autoría solamente se puede predicar de un sujeto con condiciones específicas: ser deudor declarado en concurso o persona que actúe en su nombre; por ello es un presupuesto que tal quiebra, concurso o suspensión de pagos ha de ser declarada formalmente. Tal requisito desaparece ciertamente en la actual redacción del artículo 259.1, que solamente exige para los comportamientos que pasa a tipificar la Ley Orgánica 1/2015, una situación de "insolvencia actual o inminente" a tiempo de llevar a cabo la conducta típica; el resultado que ha de constatarse es una situación de crisis económica en la empresa, que implique un perjuicio para los acreedores, cuya entidad se erige en canon de referencia para determinar la pena; situación de crisis de la persona insolvente ha de tener por causa objetiva los actos del sujeto activo o, al menos, la agravación de dicha crisis; subjetivamente, esos actos causales han de ejecutarse con dolo, es decir, con la voluntad de tal efectividad de la que el sujeto ha de ser consciente cuando lleva a cabo dichos actos. Lo que hace atípica la insolvencia o agravación de ésta fruto de actuaciones imputables solamente a título de negligencia». Además, la SAP Navarra 30/2017, de 14 de febrero, de manera complementaria a lo anterior, advierte que «no debe olvidarse, por tanto, que es elemento

trate de un deudor que se encuentre en la situación de crisis económica o insolvencia, e incluso, tratándose de personas jurídicas, su administrador de hecho o de derecho. Por lo tanto, estamos ante un delito especial propio (198). El tipo no exige ningún resultado lesivo para la masa patrimonial ni similar –se consuma el delito con la mera realización de una sola de las conductas, siendo indiferente que se realicen una o varias conductas–, en el que se enumeran ocho modalidades delictivas (199) a la que se añade una cláusula general abierta, que debe ser interpretada de forma restrictiva (200), y, en concreto, cuando se produzca una efectiva disminución del patrimonio del deudor o una ocultación de su situación real y económica.

---

subjetivo esencial en el delito de alzamiento la intencionalidad directa del agente de alzarse con sus bienes en perjuicio de un acreedor o acreedores utilizando para ello el mecanismo de desaparición simulada o aparente de los bienes que sirven de garantía para los créditos»; «ya que el alzamiento de bienes supone una acción del acreedor común que tiene como finalidad frustrar el pago de todas sus deudas de las que debe responder universalmente con su patrimonio. Solo de esta forma aparece nítidamente reflejado el elemento subjetivo del tipo, que no es otro que el propósito de defraudar a la totalidad de los acreedores».

(198) Así, la STS 725/2018, de 29 de enero, advierte que «es cierto que el artículo 260 CP es un delito especial propio en cuanto atribuye la autoría al deudor. Tratándose de una sociedad la autoría, conforme al artículo 31 del Código Penal recae sobre quien «actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro» y en este caso las pruebas e incluso la propia dinámica de los hechos acredita que el recurrente tenía un control sobre la empresa y actuaba de facto como administrador, por más que jurídicamente no tuviera la condición de administrador social». El núcleo del delito lo constituye la acción maliciosa y fraudulenta, concretada en agravar dolosamente la situación de crisis económica de la empresa (STS de 28 de abril de 2003), y requiere los siguientes requisitos, citados en la STS de 25 de octubre de 2002 y ATS de 27 de febrero de 2003: «I.- Que la quiebra, concurso o suspensión de pagos –en la actualidad tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se han suprimido los términos «quiebra» y «suspensión de pagos»– haya sido declarada sin exigir, como antes, que hubiera recaído sentencia en la pieza quinta pues sólo es preciso que se admita a trámite la solicitud de quiebra; II.- El fraude, que requiere actuación dolosa, esto es, dolo directo concretado en actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores; III.- Que esa actuación cause o agrave causalmente la situación de crisis o de insolvencia, y IV.- El perjuicio como resultado, aunque un sector doctrinal no lo considera esencial, bastando el peligro para colmar el tipo».

(199) *Vid.*, ampliamente, acerca de las mismas, Souto García, E..: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, pp. 812 y ss.

(200) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 131.

Por lo tanto, se trata de delitos de mera actividad (201), aunque algún tribunal (202) los ha considerado delitos de resultado de peligro (203) o de resultado cortado (204). En cualquier caso, el propio apartado XVI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, los cataloga como delitos de peligro (205). Debe advertirse, no obstante, que, hasta la reforma penal de 2015, el entonces delito concursal era eminentemente un delito de lesión, al requerir la efectiva producción de un perjuicio patrimonial. En cambio, en opinión del catedrático Martínez-Buján Pérez (206), desde entonces se ha producido una variación,

(201) La STS 194/2018, de 24 de abril, ha señalado que «es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor».

(202) Ciertamente, la SAP de Guipúzcoa, de 31 de marzo de 2017, considera que este delito es de resultado, «no en cuanto produce lesión, sino peligro, en cuanto origina un riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de crisis económica o de insolvencia, estados, ambos, que llevan aparejados efectos como regulaciones de empleo, despidos, demoras en los pagos y un sin fin de consecuencias derivadas de una situación de crisis económica o de insolvencia».

(203) Ciertamente, Agudo Férnandez, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, Á. L.: *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.* Dykinson, Madrid, 2018, p. 163, han manifestado que «nos encontramos ante un delito de peligro que básicamente consiste en la realización de cualquiera de las conductas relacionadas en los ordinales 1º a 9º del apartado 1º del artículo 259, parte de quienes se encuentran en una situación de insolvencia actual o inminente». En similares términos, el Cuello Contreras, J.: «La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil», en *Revista para el Análisis del Derecho, InDret,* n.º 2, 2019, p. 26, indicó que «de lo que se trata con este delito (insolvencia punible) es de prevenir estados previos o concomitantes a la situación de insolvencia que pueden generar un peligro grave de desencadenamiento de la insolvencia y/o, en su caso, de satisfacción de los créditos contraídos por los deudores», por lo que, «no es un delito de resultado».

(204) En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Valencia n.º 6, 341/2016, de 12 de septiembre, ya indicaba que «Se trata de un delito pluriofensivo que tutela, de un lado el derecho de los acreedores a que no se defraude ni se frustre la responsabilidad universal del deudor, y de otro lado protege el interés colectivo en el buen funcionamiento en el sistema económico crediticio»; «y ello porque este delito, como el alzamiento de bienes, del que no es sino una especialidad, es un delito de riesgo, de peligro, una de cuyas características lo es su resultado cortado o anticipado».

(205) En concreto, dispone que «El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos».

(206) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 126.

ya que algunas de las conductas previstas en el artículo 259 (6, 7 y 8) se configuran como un delito de peligro, y otras conductas (1, 2, 3 y 4) cuando estén vinculadas con una obligación crediticia vencida y exigible, podrían ser consideradas como modalidades de lesión.

Todos estos delitos descritos se encuentran vinculados a la creación de una situación de insolvencia actual o inminente, que se conjuga como una condición objetiva de punibilidad. Es por ello por lo que no se alcanza a comprender (207) que en el numeral noveno se requiera un vínculo causal entre la falta de diligencia y una disminución del patrimonio.

Al tratarse, como se ha dicho, de modalidades que constituyen un delito especial propio, los intervinientes que no reúnan la condición de deudor tan solo podrán ser calificados como partícipes, pudiendo serles de aplicación la pena inferior en grado a la pena prevista para el autor, conforme al artículo 65.3 CP. Y quien se concierte con el deudor para realizar las conductas previstas en el artículo 259 CP, será calificado de cooperador necesario, y rara vez como cómplice (208).

La tentativa del delito dependerá de que el deudor se encuentre en una insolvencia actual o una insolvencia inminente para determinar el momento consumativo del delito (209), al constituir la insolvencia el presupuesto del delito. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que de todo el elenco de conductas que se hallan descritas en el 259.1 CP, algunas describen resultados materiales y otras constituyen tipos de omisión pura, por lo que habrá de estarse a cada situación concreta para verificar el momento idóneo de la consumación del delito en virtud de la acción u omisión producida.

Finalmente, en cuanto al sujeto pasivo, diremos que es el acreedor, que resulta perjudicado por las actuaciones del sujeto activo. La realización de una acción que perjudique a múltiples acreedores constituirá un único delito con pluralidad de sujetos pasivos, en aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos (210).

---

(207) Así, *Vid.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 177.

(208) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 821.

(209) Señala De la Mata Barranco que «cuando las conductas del apartado 1 sean causantes de la insolvencia del deudor se habrá ya consumado el delito de frustración de la ejecución del artículo 257 (1.1.º, 1.2.º o 2), (…) y aunque se inicie un procedimiento concursal o se produzca un impago de la obligación vencida, si la situación de insolvencia existe, debiera aplicarse el artículo 257, por principio de alternatividad, con lo que es difícil ver cuándo se aplicará el artículo 259.2». *Cfr.* De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 383.

(210) *Vid.* Monge Fernández, A.: *El delito concursal... op. cit.*, p. 83; Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 819.

2. El subtipo básico del artículo 259.2 CP. La insolvencia causada por el deudor

En cuanto al artículo 259.2 CP, se otorga idéntica penalidad (211) que en el apartado primero a quien «mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia» (212).

Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se reformó la regulación del entonces denominado delito concursal, el cual venía a confundirse con el delito de alzamiento de bienes, si no fuera por la declaración civil de insolvencia que exigía entonces el artículo 260 CP. Es por ello por lo que era necesaria una reforma importante al respecto, de manera que en el año 2015 estos delitos sufren una reformulación sustancial en su redacción, incluyendo en su contenido las modalidades de disminución o destrucción del patrimonio del deudor, además de las conductas dirigidas a la ocultación de bienes –que son las que en cierto modo se asemejan al delito de alzamiento–, como ya se ha expuesto.

Con la reforma, se crea un nuevo delito de concurso punible o bancarrota –artículo 259–, que se configura como un delito de peligro, vinculado a una situación de crisis –insolvencia actual o inminente–, que resulta perseguible solo cuando se declara efectivamente el concurso o tiene lugar un sobreseimiento de pagos. También se mantiene la previsión de la causación de la insolvencia por el propio deudor. Se abandona la pretensión de «trazar una relación causal entre acciones concretas y estado de insolvencia», y en su lugar se describe una serie de conductas que puede realizar el deudor, previas al estado de insolvencia, y que se consideran «en sí mismas inadmisibles en quien tiene obligaciones pendientes de cumplimiento» (213), sin entrar a valorar la repercusión que tales actuaciones hayan podido generar en el resultado de quiebra.

---

(211) De no «tener mucho sentido» se ha pronunciado MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 133, ya que una gran parte de las conductas descritas en el 259.1 ya generan de por sí una ocultación de bienes a los acreedores. Es más, entiende el catedrático que, «en efecto, el castigo penal solo está justificado cuando dichos comportamientos se llevan a cabo después de constatarse una situación de insolvencia actual o inminente, que es lo que ya se tipifica en el apartado 1 del artículo 259».

(212) Con relación a este tipo penal, *Vid.*, entre otros, los siguientes análisis: PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, pp. 827 y ss.; SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: *Estudio crítico… op. cit.*, pp. 61 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p. 506.

(213) *Cfr.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 165.

Pues bien, civilmente el concurso puede calificarse como fortuito o culpable, lo cual no vinculará a los jueces y tribunales del orden penal, para el caso de que estos considerasen que la conducta del deudor es constitutiva de delito. No obstante, es cierto que el contexto que se haya desarrollado en el proceso concursal debe ser tenido en cuenta, aunque no resulte vinculante para el juez penal, manteniendo de esta manera cierta armonía y coherencia.

Ciertamente, tal y como apunta Quintero Olivares (214), «si la acción penal ha sido anterior a la calificación del concurso no parece tampoco desproporcionado que aquello que ya puede generar consecuencias sancionadoras graves (la pena) vuelva a ser utilizado para calificar el concurso como culpable, si con ello se da paso a la adopción de medidas materialmente sancionadoras y esas medidas sancionadoras están contempladas» en la Ley Concursal. Y es que hay conductas previstas en la norma penal y civil que coinciden prácticamente en su redacción y practicidad, y que, aunque el juez penal no tenga vinculación alguna de lo que se acuerde en el orden civil, costará imaginar que una declaración concursal o penal –o viceversa– pueda tener lugar sin que se vaya a producir o se haya producido antes la otra. En la norma concursal no se aprecia la obligación de abstenerse de declarar un concurso culpable por el hecho de que resulte de igual manera punible.

En suma, las conductas típicas del delito de quiebra o bancarrota pueden ser coincidentes con algunas de las causas de declaración del concurso como culpable, pero la «sentencia de calificación» (215) no cierra el paso a la vía penal, ni al revés (216).

Puede apreciarse que se exige la causación de insolvencia, y no la declaración del concurso; y se trata de un delito de peligro según la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, aunque en puridad se trata de un delito de resultado lesivo (217). Aquí la cuestión radica en saber si la causación de insolvencia genera una lesión a los acreedores o no, y como no puede ser de otra manera, produce la lesión.

La diferencia entre el apartado 1 y 2 del artículo 259 estriba en que en el primero se exige que el deudor se encuentre ya en una situación de insolvencia actual o inminente, y a posteriori, efectúa alguna conducta de las previstas en el precepto; en cambio, en el segundo apar-

(214) *Cfr.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 169.

(215) *Cfr.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 169.

(216) Ahora bien, si el juez civil considerase en el procedimiento que las conductas realizadas no tienen vinculación con el estado de insolvencia, y rechazase la declaración del concurso culpable, por ejemplo, sería difícil que el juez penal, con posterioridad, pueda manifestarse en sentido contrario, aunque nada lo impide.

(217) Al respecto, *Vid.* Feijoo Sánchez, B.J.: *Orden socioeconómico…* op. cit, p. 126; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 132.

tado, el deudor realiza alguna conducta de las descritas en el mismo apartado anterior pero causa su situación de insolvencia con ello –de manera que no se encontraba con anterioridad a la realización de la conducta, en una situación de insolvencia–.

Vemos, pues, que el apartado 2 del artículo 259 contiene una partida doble, a saber, la realización de las conductas anteriormente analizadas, más la causación de la insolvencia. En realidad, se están mezclando dos cosas totalmente diferentes, pues si el legislador consideraba el delito de quiebra o bancarrota como delito de peligro en la propia exposición de motivos, no sucede lo mismo cuando se requiere en el tipo la producción de un resultado, que no es otro que la causación de insolvencia. Se trata de un doble criterio incriminador, pero quizá hubiera resultado más apropiado utilizar un único sistema (218), y agravar la conducta si se demuestra que existió nexo de causalidad entre la voluntad del sujeto y el hecho consumado.

Aquí, a diferencia de las conductas descritas en el apartado 1 del artículo 259 CP, donde se exige como presupuesto del delito la situación de insolvencia actual o inminente, solo existe una referencia a la causación de una situación de insolvencia que vendrá precedida de la conducta desordenada del deudor. No obstante, para Faraldo Cabana este precepto carece de sentido, toda vez que «en los casos en que el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente, no actual, en el momento de realizar los hechos, y con su conducta causa la insolvencia actual, se aplica este apartado, pero si no existiera se aplicaría el primero, que prevé la misma pena; por su parte, si ya se encuentra en situación de insolvencia actual en el momento de realizar los hechos, y con su conducta la agrava, no se aplica este apartado, sino el primero, que prevé la misma pena sin exigir la causación de insolvencia. El apartado primero también se aplica en el improbable caso de que la conducta realizada ni cause ni agrave la insolvencia, suponiendo simplemente un peligro de que esto ocurra» (219).

Ciertamente, son previsibles problemas concursales con el delito de alzamiento de bienes, que se aplicará cuando el deudor, ante conductas fraudulentas descritas en el artículo 259.1, causa la situación de insolvencia, pero solo aparente, en tanto que el delito concursal del artículo 259.2 se aplica a los casos en los que el deudor, mediante las conductas del artículo 259.1, causa su propia insolvencia real (220).

En cuanto al aspecto subjetivo, «se requiere que la imputación derive del actuar doloso del sujeto, un dolo que puede mostrarse gené-

(218) *Vid.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis… *op. cit.*, p. 176.
(219) *Cfr.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 828.
(220) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 829.

ricamente como consciencia y voluntad referidas al resultado de la crisis o insolvencia y no solamente a otro resultado inmediato del acto. La relación entre ese elemento subjetivo y el perjuicio de los acreedores no ha de manifestarse necesariamente como directamente encaminado a la acusación de éste, pues nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual. Pero, ya como directo, ya como eventual, el dolo ha de referirse a la producción de la insolvencia y a su consecuencia, el fracaso de las pretensiones de cobro por los acreedores. Es decir, el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor, sin que aparezca exigible un específico elemento subjetivo tendencial de causar perjuicio a los acreedores (STS 756/2014, de 28-10)».

Con la reforma del 2015 se introduce por primera vez un tipo imprudente (221) –artículo 259.3 CP–, vinculado sólo a las conductas del artículo 259.1 y 2, posiblemente para unificar la responsabilidad penal y concursal, ya que la Ley Concursal regula el concurso culpable (222) –tanto cuando la actuación del deudor tiene lugar mediante dolo, como cuando se aprecia culpa grave–. Ahora bien, la legislación

(221) Calificada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 136, de «una verdadera aberración». La Exposición de Motivos de la norma establece que «el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como *última ratio,* determinan que en la esfera penal deben incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil». Así, para PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, p. 835, en el mejor de los casos, solo sería admisible la imprudencia inconsciente o sin previsión o representación, ya que la conciencia de la peligrosidad de la acción equivaldría prácticamente al propio dolo de peligro. Un delito de peligro procede de un delito de lesión imprudente, según el autor, en el que se castiga la conducta peligrosa sin necesidad de producción de esa lesión, exigiéndose un dolo de peligro. Para determinar la gravedad de la imprudencia lo que cuenta es la gravedad de la infracción del deber de cuidado, así como la previsión efectiva o no del resultado. En relación con la comisión imprudente, señala FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, pp. 821 y 822, que debe interpretarse, pese a que el precepto no lo indica, que debe ser grave, habida cuenta que la imprudencia menos grave tan solo está prevista en los delitos contra la vida y la salud. Además, la imprudencia grave es aquella que supone la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad de los sujetos. Al respecto, *Vid.* STS 79/2013, de 8 de febrero, que señala que la gravedad de la imprudencia se determinará con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor. Sin embargo, resultará difícil encajar la imprudencia en aquellas conductas que se conciben como dolosas. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.* pp. 150 y 151. En este sentido, si tenemos en cuenta que se exige la efectiva insolvencia o la apertura del concurso para castigar el delito, en realidad solo se podrán sancionar las conductas imprudentes que ocasionen la insolvencia o agraven su situación. Así, *Vid.* SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: *Insolvencias punibles… op. cit.*, p. 769; SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 818.

(222) Artículos 442 y ss., de la Ley Concursal.

mercantil equipara el dolo y la culpa grave (223), mientras que en el ámbito penal (224), la responsabilidad del deudor tiene un tratamiento penal diferente cuando se trata de comisión dolosa o por imprudencia –en este último caso cuando expresamente lo determina la ley–. Ahora bien, el legislador no especifica el tipo de imprudencia –grave o menos grave– que debe producirse para su reproche penal. Sin embargo, la normativa concursal exige que se trate de culpa grave, por lo que no tendría sentido, en sede penal, que pudiera encajar una responsabilidad penal por imprudencia menos grave (225). Y ello sin perjuicio de que en algunas conductas descritas en el tipo penal resultará prácticamente imposible apreciar un comportamiento imprudente.

La previsión de la sanción imprudente del delito obedece a razones de política criminal, pero de manera injustificada e innecesaria. En esencia, porque la imprudencia se asocia fundamentalmente a delitos de resultado, y, más allá de la consideración particular que la doctrina pueda atisbar al respecto de la categoría idónea que le corresponda al delito, lo cierto es que el legislador lo califica de delito de peligro. Pero, más aún, será difícil imaginar la comisión culposa en situaciones directamente concebibles como acciones dolosas, y, además, sin entrar en más detalles, la propia Ley Concursal ofrece medidas suficientes para los casos de calificación de un concurso culpable.

En este sentido, procede traer a colación el contenido del artículo 443 de la Ley Concursal por su relación directa con el contenido del delito de bancarrota –artículo 259 CP–, en base a que todas las conductas que se describen en la norma mercantil para calificar la culpabilidad del deudor se encuentran relacionadas con la comisión del ilícito penal. De otro lado, y este es un aspecto relevante en la *praxis,* será difícil que el juez dicte una sentencia condenatoria en el proceso penal cuando el concurso se ha calificado como fortuito en el orden mercantil. No deja de ser un factor probatorio la calificación que proceda del concurso en el ámbito civil, sin perjuicio de que el artículo 259.6 CP disponga que «en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal». Es cierto que podrán existir otros elementos de prueba, pero se reducen si la calificación del concurso no es la de culpable –sino fortuito–.

De otro lado, en el apartado 2 del artículo 259 la tentativa del delito es posible (226), ya que al realizar alguna de las conductas pre-

(223) Artículo 442 de la Ley Concursal.

(224) *Vid.* Armenteros León, M.: *Relaciones y conflictos… op. cit.*, p. 25.

(225) *Vid.*, al respecto, De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 383.

(226) A priori, la existencia de una condición objetiva de punibilidad no es incompatible con la posibilidad de tentativa del delito, ya que la condición podría ser

vistas en el apartado 1, además se produce el resultado material del delito, que consiste en causar la situación de insolvencia del deudor. Y como resultado exigible en el tipo penal, su no consecución por causas ajenas a la propia voluntad del sujeto activo podría ser punible la conducta en grado de tentativa.

Ciertamente, y en lo que respecta al sujeto activo del delito, solo puede cometer el delito el deudor, y ello a pesar de que el 259.5 establece que «Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, (…)». La previsión tiene sentido respecto de los delitos que puedan estar relacionados con el 259, pero, en efecto, si el sujeto activo de este delito solo puede serlo el deudor, debe interpretarse que no puede serlo cualquier otra persona, pese a que el legislador no haya estado muy acertado en su redacción (227). En este sentido, quien no reúna la condición de deudor sólo podrá ser partícipe, y aquí sí tiene sentido su responsabilidad penal actuando en nombre y por cuenta –o en representación– de otro, haciendo eco de lo descrito en el artículo 31 CP, en tanto que el administrador de hecho o de derecho podría asumir responsabilidad por las conductas realizadas (228). Y, en todo caso, el administrador concursal podría ser considerado autor del delito del artículo 259 al gozar de la facultad de disponer y administrar los bienes del deudor, y, en consecuencia, actuar en su lugar –sin perjuicio del posible delito de malversación impropia del artículo 432 CP–.

Este apartado 5 del artículo 259 también aísla más, si cabe, a la legislación mercantil de la penal. En este sentido, se dispone en el precepto penal que los delitos cometidos por el deudor o por la per-

---

anterior a la ejecución del hecho delictivo, como sucede en los delitos del artículo 259 CP. *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 138.

(227) En este sentido, lo más justo sería, en opinión de Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 179, «interpretar la idea de «delito relacionado» a partir de una condición de acreedor vinculada a los que la tengan como consecuencia de las relaciones de comercio y actividades industriales ordinarias excluyendo a los perjudicados por delitos que no tengan esa vinculación. Las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social participan también de esa vinculación. Pero los acreedores que lo sean por ser perjudicados por delitos que ni han aumentado la insolvencia ni pertenecen a la actividad mercantil deberían ser excluidos».

(228) En palabras de Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 140, no hay obstáculo alguno de que «el representante que actúa en lugar del deudor responda como verdadero autor. Y ello con independencia de que el deudor pueda ser castigado entonces como inductor del delito ejecutado por el representante o incluso como coautor, puesto que el hecho de que el representante haya actuado en su lugar no es óbice, a su vez, para poder considerar coautor al deudor representado». Además, si el deudor representado simplemente consiente que un tercero ejecute la conducta típica de insolvencia, su responsabilidad será como partícipe en comisión por omisión. *Vid.*, también, Monge Fernández, A.: *El delito concursal punible… op. cit.*, p. 268.

sona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar la conclusión del concurso. Ciertamente, en materia concursal, rige una regla contundente en lo que se refiere a la independencia entre el procedimiento penal y el concursal. Y es que, por imperativo del artículo 519 de la Ley Concursal (229), el proceso concursal no se suspenderá nunca por la existencia de una causa penal, incluso si lo que resuelve es absolutamente determinante respecto a lo que se decide en el concurso –no opera la suspensión del proceso por prejudicialidad penal–. Esta no vinculación de los jueces de lo penal a lo que se establezca en el procedimiento del concurso (230) –artículo 259.6 CP ya referido–, también tiene eco en la Ley Concursal (231). Esta práctica dual normativa –mercantil y penal– ofrece ventajas procedimentales –celeridad, eficacia– pero también algunas desventajas, ya que pueden darse situaciones cuya solución pudiera tener lugar en ambos procedimientos, o resolver una misma cuestión en un sentido diferente en los distintos órdenes judiciales, aunque es cierto que el objeto procesal resulta diferente en uno y otro caso.

La presente regulación pretende neutralizar aquellas situaciones –a través de la pena– en las que el deudor tome la iniciativa (232) de

---

(229) Artículo 519 de la Ley Concursal: «La incoación de procedimientos criminales relacionados con el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso de acreedores no provocará la suspensión de la tramitación de este, ni de ninguna de las secciones en que se divide».

(230) Se deduce que a los efectos de la eventual persecución penal de un concursado, lo esencial no es ya el dato jurídico, formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al juez civil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa penal abierta. Esto no quiere decir, como ya precisó el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 2004, que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferentes; por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que, como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen, es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del quebrado, la mera calificación civil de la quiebra no impone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria, gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no de la quiebra previamente calificada en otro orden jurisdiccional.

(231) Artículo 462 de la Ley Concursal: «La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito».

(232) Por la propia naturaleza del delito, suele existir en la praxis una sucesión de actuaciones tendentes a defraudar a los acreedores. Así, la SAP de Guipúzcoa, de 31 de marzo de 2017, ha indicado que en este delito «la declaración de concurso es el hito cronológico final; es decir, es la meta del discurrir comisivo que tipifica (así STS 760/2015). De ahí que se afirme (STS 40/2008, de 25 de enero) que la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, junto a falsedades documentales o

reducir indebidamente (233) el patrimonio que es garantía del cumplimiento de sus obligaciones económicas, o dificulte o imposibilite el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor. No obstante, debe advertirse que sólo será delictiva la conducta si, con posterioridad a la realización de la acción típica, concurre –como condición objetiva de punibilidad y no como elemento del tipo– el incumplimiento regular, por el deudor, de sus obligaciones exigibles, o la declaración judicial de concurso, tal y como dispone el artículo 259.4 CP (234). Así, si finalmente –por ausencia de denuncia

---

resultantes en la contabilidad), dirigido todo ello a una insolvencia generalizada del deudor, que se causa o se agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente concurso) declarado judicialmente. En el plano objetivo del injusto la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal (STS 494/2014, de 18 de junio)». En idénticos términos, la STS 3651/2020, de 10 de noviembre, expresó que «El delito del actual artículo 259 –antiguo 260.1– puede ser cometido tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración del concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal)».

(233) Por ejemplo, resolvió un caso la STS de 16 de julio de 1999, en el que un administrador, con el fin de que los acreedores de su sociedad no pudieran hallar fondos con los que satisfacer sus créditos, procedió a endosarlos a otra empresa, sin que correspondieran a operaciones reales, lo que posteriormente originó la declaración de quiebra. De otro lado, la STS 688/2019, de 4 de marzo de 2020, que trae a colación el famoso caso «Fórum Filatélico», apuntó que «si se tiene en cuenta que, según los hechos probados, el recurrente utilizaba empresas interpuestas para desviar dinero de Fórum basándose en simular adquisiciones de sellos a proveedores ficticios, que extraía de Fórum clandestinamente sellos previamente comprados por la misma para que esas sociedades interpuestas se los volvieran a vender, que esas cantidades se depositaban en cuentas de esas sociedades, y si se valora la forma en la que se llevaba la contabilidad, resulta con claridad que la conducta declara probada sería igualmente calificable como constitutiva de un delito de insolvencia».

(234) Se trata de una condición de punibilidad más que de perseguibilidad, que se cumple cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones o se haya declarado ya su concurso. *Vid.* Gutiérrez Pérez, E.: *El derecho penal frente a la insolvencia… op. cit.*, pp. 377-381; Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII…», *op. cit.*, p. 177, quien expone que la previsión del artículo 259.5, pese a que se articula como una condición de perseguibilidad, es, además, una condición objetiva de punibilidad; De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración…», *op. cit.*, p. 379. Y en ello se diferencian estos delitos de los de alzamiento del artículo 257, en los que no hay un similar apartado 4. En cambio, como condición de perseguibilidad, y no de punibilidad, se han manifestado, entre otros, Gómez Lanz, F.J.: «El nuevo régimen…», *op. cit.*, p. 488; Sánchez Dafaude, M.: *Insolvencias punibles… op. cit.*, p. 760; Meléndez Sánchez, F.L.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 514; y Pavía Cardell, J.: «Los delitos de

formal de las obligaciones exigibles o desestimarse la misma judicialmente– no se consigue acreditar alguna de estas situaciones, tales actos de causación de crisis económica o de la insolvencia resultarán atípicos en relación con las conductas del artículo 259 CP, con independencia de que pudiera ser constitutivo de alguna otra infracción penal diferente.

Para finalizar, se aprecian una serie de defectos de fondo, entre los que pueden destacarse el hecho de que no se haya regulado de manera separada la quiebra del empresario respecto de la del particular, o que no se tenga en cuenta el tamaño de la empresa, ya que los actos procedentes de una mala gestión, para que puedan considerarse relevantes (235), deberían evaluarse teniendo en cuenta el tamaño o magnitud de la sociedad (236) –no será lo mismo una sociedad anónima, limitada, unipersonal, etc.–.

---

insolvencia punible…», *op. cit.*, pp. 841 y ss. También, *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 826, quien considera que efectivamente lo es porque «la situación de insolvencia no siempre depende casualmente del autor en los casos del artículo 259.1, aunque así sea en los del artículo 259.2; por otro, la situación de insolvencia se encuentra estrechamente ligada al hecho, contribuyendo a fundamentar su antijuricidad; por último, a ello se suma que el conocimiento del agente debe abarcar la situación de insolvencia actual o inminente en que se encuentra o, alternativamente, la declaración de concurso». También son recurrentes los delitos de insolvencias punibles en el ámbito de las entidades deportivas. Así, *vid.* Morillas Cueva, L.: *Respuestas Jurídicas al Fraude en el Deporte.* Dykinson, Madrid, 2017, pp. 105-130. Cada vez es más habitual el endeudamiento de las entidades deportivas originando insolvencias. Prueba de ello es que en 2011 se modificó la Ley Concursal (de 2003) –artículo único 111, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, añadiéndole una disposición adicional segunda bis, dedicada precisamente a este ámbito: «En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo. En todo caso, la sujeción a la presente ley de dichas entidades no impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición»–. El propio preámbulo de la norma advertía que «Con esta reforma se trata de aclarar, ante la disparidad de criterio de los órganos jurisdiccionales en determinados concursos de entidades deportivas, que la sujeción a la Ley Concursal no impedirá la aplicación de la normativa deportiva que regula la competición, evitando que se pueda inaplicar y dejar sin efecto dicha normativa».

(235) Ciertamente, debería replantearse el legislador establecer alguna limitación relativa a la capacidad de endeudamiento de las sociedades de capital, para reducir el volumen de riesgo que asumen éstas en relación con su capital social constituido. No tiene demasiado sentido que una sociedad pueda endeudarse por un montante económico que supere en veinte veces el capital social de la misma.

(236) En este sentido, apunta Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 181, que sería interesante contemplar que en el caso concreto de las entidades financieras, y entiendo que también de entidades con mucho volumen de facturación y que coticen en el mercado continuo, cuando sean intervenidas por el Estado en aras de

3. **El tipo específico de favorecimiento ilícito de acreedores**

Cualquier deudor en circunstancias normales puede elegir el orden en el que paga a sus acreedores, y ello no genera ningún tipo de responsabilidad. Cosa distinta es que el deudor se halle en situación de insolvencia, ya que en ese caso el pago a los acreedores debe realizarse respetando el principio de la *par conditio creditorum,* que propugna la igualdad y el reparto equitativo entre acreedores. En este sentido, ni una demanda judicial, ni una sentencia recurrida justificarían la satisfacción, en ciertas circunstancias, de unos pagos debidos, vencidos y exigibles. Este principio goza de protección penal cuando nos encontramos ante un atentado al artículo 260 CP, referido al favorecimiento ilícito de acreedores. Este artículo contiene dos apartados, con dos modalidades delictivas diferentes. A saber: el favorecimiento preconcursal de acreedores, y el postconcursal, en sus respectivos apartados 1 y 2. Los dos delitos de favorecimiento ilícito de acreedores se caracterizan porque el deudor debe realizar un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto, cuando dicha operación carezca de justificación económica o empresarial, o cuando, en el seno de un procedimiento concursal, el deudor no se encuentre autorizado para realizar dicha actuación. En puridad, se pretende evitar que el deudor pueda actuar en connivencia con algún acreedor para «burlar la graduación de los créditos» (237), lo cual tiene lugar en el procedimiento concursal, atendiendo a un orden de prelación de los mismos, ubicando a los distintos acreedores en el orden y lugar que corresponda.

3.1 El favorecimiento preconcursal del artículo 260.1 CP

La Exposición de Motivos de la norma de 2015 establecía que «se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la declaración del concurso (238), pero

evitar su declaración de situación de insolvencia, y que puedan continuar con su actividad mercantil de manera que no resulten sus clientes damnificados, dicha intervención estatal debería equivaler a todos los efectos punitivos al estado de insolvencia.

(237) *Cfr.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 833.

(238) Con relación a esta modalidad de favorecimiento de acreedores, *Vid.*, entre otros, Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, pp. 847 y ss.; Sánchez Dafaude, M.: *Estudio crítico… op. cit.*, pp. 119 y ss.; Galán Muñoz, A.: «Los delitos patrimoniales…», *op. cit.*, pp. 130 y ss.; González Cussac, J. L.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, pp. 508 y 509; Meléndez Sánchez, F. L.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 515; Vázquez-Portomeñe

cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente».

Así pues, un tipo penal aislado, de menor penalidad que el tipo básico del artículo 259, aparece regulado en el artículo 260.1 CP –relativo al favorecimiento de acreedores–, sancionando al «deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial». Se trata del favorecimiento preconcursal de acreedores, en el que el legislador sanciona el pago de un crédito no exigible o la facilitación de una garantía a la que no se tiene derecho, con lo que se favorece a algún acreedor y perjudica a otros en situaciones de insolvencia actual o inminente. Y ello siempre que la operación no tenga justificación económica o empresarial (239).

Ciertamente, se prevé el favorecimiento de acreedores dirigido al deudor insolvente cuya creación se encuentra injustificada normativamente, en un escenario preconcursal o extra concursal, de manera que parece coherente su redacción (240), toda vez que, con esta regulación penal, para la comisión el delito no es necesaria la declaración del concurso (241).

Si realizamos una interpretación gramatical del precepto, el mismo expone que el crédito satisfecho por el deudor todavía no era exigible, y que el acreedor no tenía derecho a la garantía constituida en su favor, de manera que parece que existía una justificación económica o empresarial para esa operación, habida cuenta que aunque el crédito satisfecho aún no era exigible, sí existía una justificación para poder proceder al pago.

Seijas, F.: *Frustración de la ejecución… op. cit.*, Cap. III.III; Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*, pp. 189 y ss.; Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, pp. 835 y ss.

(239) Antes de la reforma acaecida en el año 2015, el deudor podía pagar a quien quisiera, aunque la obligación no estuviera vencida, y satisfacer así anticipadamente alguna de sus obligaciones. Acerca de la inexistencia de justificación económica o empresarial, *Vid.* Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*, pp. 229 y ss.

(240) En sentido contrario, aunque con coherencia y argumentación muy válida, *Vid.* Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, p. 849, quien señala que parece que esta previsión pretende neutralizar los actos que el deudor pueda llevar a cabo para perjudicar el principio de la par *conditio creditorum.* Siendo así, no tendría mucho sentido aludir a la referida justificación económica o empresarial para llevarlo a cabo.

(241) *Vid.* Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, p. 847.

En definitiva, se reprocha realizar actos de disposición patrimonial, o generadores de obligaciones, destinados a pagar un crédito no exigible, o a facilitar una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. En otros términos, se sanciona el favorecimiento por parte del deudor de algunos acreedores de forma discrecional, ya sea antes o después de haber sido declarado el concurso, aunque la deuda sea debida y legítima (242).

La conducta descrita en el artículo 260.1 CP no puede confundirse con las enumeradas en el artículo 257.1.2.º CP, en las que el deudor realiza los actos de disposición o generador de obligaciones para crear nuevos acreedores con la finalidad de frustrar o dificultar una determinada ejecución, en tanto que en este apartado lo que persigue el deudor no es otra cosa que favorecer a un acreedor, que ya existía con anterioridad a la situación generada de insolvencia.

Vemos, pues, que no se reprocha penalmente la producción de un perjuicio patrimonial (243), sino la falta de respeto a las normas esta-

(242) En la regulación del favorecimiento de acreedores anterior a 2015 era necesaria la concurrencia de un presupuesto previo como era la admisión a trámite de la solicitud de concurso. La reforma de 2015 ha estructurado el delito en dos apartados en función de que se haya admitido o no a trámite la solicitud de concurso. Respecto al primer apartado de este artículo ahora incorporado, en la antigua regulación, esta conducta resultaba atípica, quedando ahora tipificado el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. En el informe del Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y referente al este punto 1 del artículo 260, se indicaba que «La finalidad del precepto no es otra que la de precaver la eficacia del futuro concurso, de manera que todos los acreedores sean tratados de acuerdo con lo previsto por la normativa concursal, sin que el deudor pueda favorecer, del modo previsto en el tipo, a ninguno de aquéllos en especial. Siendo esa la principal razón de ser del precepto no parece procedente condicionar la aplicación del tipo a la ausencia de razones económicas o empresariales que puedan justificar la medida, pues lo prevalente a estos efectos deben ser los intereses generales de los acreedores, y no las posibles ventajas que pueda obtener el deudor una vez se halle en situación de insolvencia. Por tanto, se considera conveniente suprimir el último inciso del precepto o, en su caso, utilizar una fórmula que acote la excesiva amplitud de este».

(243) Con anterioridad, la STS 1536/2001, de 23 de julio, argumentaba, si bien con una normativa penal que ha mutado con el tiempo, que «se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores, situada extramuros del Código Penal, cuando el futuro insolvente solventa sus deudas con alguno de los acreedores, perjudicando al resto siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago, por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación de pago, y que en consecuencia, en la medida que con el pago efectuado se ha constituido en una situación de

blecidas por el legislador para la solución procesal de las situaciones de crisis económica o insolvencia (244). En este sentido, una vez tiene lugar la declaración del concurso, el deudor no puede realizar actos de disposición sobre el patrimonio que es objeto del concurso, sin la debida autorización judicial o de los administradores concursales (245). Ciertamente, como apunta Mestre Delgado, la realización de cualquier acto con transcendencia económica supondría un incumplimiento de ese deber y la consiguiente alteración de las reglas de organización del sistema (246). Por lo tanto, se trata de un delito de peligro abstracto y acumulativo (247).

De otro lado, este delito ha venido a quedar desnaturalizado e inaplicable (248) prácticamente, al hallarse entre el alzamiento de bienes o delito del artículo 259. Este tipo penal exige tres condicionantes, a saber, que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente; que se favorezca a un acreedor pagándole un crédito que no resulte exigible, o se le facilite una garantía a la que no tenía derecho; y que se trate de una operación que carezca de justifica-

---

insolvencia, es decir sin bienes, ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable».

(244) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p. 445.

(245) Ciertamente, la STS 760/2015, de 13 de diciembre, expuso que en el delito del artículo 260, la declaración de quiebra es el hito cronológico final, es la meta del discurrir comisivo que tipifica; no el momento inicial o casilla de salida que presupone el recurrente; así la STS núm. 40/2008, de 25 de enero, expresamente refiere que «la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, junto a falsedades documentales o resultantes en la contabilidad), dirigido todo ello a la insolvencia generalizada del deudor, que se causa o se agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente, concurso) declarado judicialmente. Más allá no se extiende el delito. Los hechos posteriores que puedan ser ilícitos penales tendrán por consiguiente otra calificación jurídica, pero ya no podrán ser objeto de consideración en el concurso o quiebra fraudulenta (por emplear la terminología anterior). De ahí que el Código penal, en el artículo 259 del Código penal, para cubrir este vacío, incrimine los actos que lleven a cabo el deudor, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto. O al que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél (artículo 261)».

(246) *Vid.* Mestre Delgado, E.: Últ. op. y *loc. cit.*

(247) *Vid.*, al respecto, Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*, pp. 120 y ss.

(248) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 154.

ción económica o empresarial. Se trata de un tipo penal eminentemente doloso, en el que no se admite la comisión imprudente.

Por tanto, debe tenerse en cuenta que no se trata únicamente de un acto de favorecimiento a un acreedor frente a los demás, sino que se le da algo que no le corresponde, esto es, pagarle un crédito no exigible, o facilitarle una garantía (249) a la que no tenía derecho un acreedor. No resulta necesario que se lleve a cabo el pago total del crédito a los acreedores, ni que se facilite la garantía, sino que se haya realizado algún pago –acto de disposición patrimonial– o se haya contraído alguna obligación sin justificación económica o empresarial, que constituye un elemento negativo del tipo (250). En este sentido, son múltiples las situaciones abordadas en la *praxis* que tienden más a aproximarse al Derecho privado (251) que al Derecho penal, pero lo que en puridad se sanciona no es la preterición de acreedores, sino la generación de una situación de insolvencia de forma fraudulenta (252).

Apunta Martínez-Buján Pérez que «si un deudor que se halla en estado de insolvencia facilita a un acreedor una garantía a la que este no tenía derecho, tratándose además de una operación que carece de justificación económica o empresarial, realiza sin duda el delito del artículo 259.1, incluible en las conductas 1.ª o 9.ª». De otro lado, si un deudor paga a un acreedor «un crédito que todavía no es exigible, con perjuicio para otros acreedores con respecto a los cuales sí tiene deudas vencidas y exigibles, (…) se estaría cometiendo el mencionado delito del artículo 259.1.1.ª o 9.ª» (253). Y aboga el catedrático por considerar que no sería constitutiva de delito la conducta de favoreci-

(249) En este sentido, podría darse la situación de que el deudor, para mejorar a un acreedor perjudicando a los demás, «regale» una garantía a aquel, cuantificable económicamente. Esta conducta supondría sin lugar a duda un acto de disposición sobre el patrimonio, ya que está reduciendo el haber del activo patrimonial existente, de manera fraudulenta.

(250) Alusión como elemento negativo que realiza Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 834.

(251) *Vid.* Bustos Rubio, M.: El delito de favorecimiento ilícito… *op. cit.*, pp. 146 y ss.

(252) *Vid.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 184.

(253) *Cfr.* Martínez-Buján Pérez, C.: Derecho penal económico… *op. cit.*, p. 154. Considera el autor que la fijación del orden de prelación en el procedimiento concursal ya otorgaría lesividad a la conducta. Téngase en cuenta que el artículo 259.1.1º castiga a quien «oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura»; y el 259.1.9.ª a quien «realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial».

miento del deudor en el caso de que todas las deudas, pese a no resultar exigibles, afecten a acreedores presuntamente privilegiados. Y ello en base a que la maniobra del deudor no tiene que suponer, *per se,* «una operación que carezca de justificación económica o empresarial» (254). En este sentido, albergo dudas al respecto, toda vez que si existen acreedores que vayan a resultar privilegiados frente a otros acreedores, no existirá un orden de prelación todavía establecido al no hallarse en el seno de un procedimiento concursal, pero sí se puede intuir y apreciar que unos tendrán prioridad en el cobro respecto de otros, sin perjuicio de que con posterioridad se confirme tal orden de prelación (255) para la satisfacción de los créditos.

Por su parte, el acreedor favorecido indebidamente puede ser calificado de cooperador necesario o cómplice si actuó en connivencia con el deudor, o como inductor si fue él quien dirigió la actuación delictiva, de manera que sería consciente de que recibe un pago de un crédito no exigible o que se le facilita una garantía a la que no tiene derecho, y que además carece de justificación económica o empresarial para el deudor insolvente, lo que desprende, y debe ser consciente el inductor, del ánimo del perjuicio al resto de acreedores. Téngase en cuenta, además, que el acreedor indebidamente favorecido, en caso de ser partícipe en el delito y ser incriminado por ello, responderá civilmente si del hecho se derivasen daños y perjuicios, y lo haría solidariamente con el autor material (artículo 116.2 CP). Así mismo, si el acreedor indebidamente favorecido no pudiera ser considerado partícipe, todavía podría responder civilmente a título lucrativo, a tenor del artículo 122 CP, en virtud del cual, «el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación». Si bien es cierto, el Código Penal no se pronuncia acerca de la posible declaración de nulidad del acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones dirigido a pagar al acreedor indebidamente favorecido, cuestión ésta que se podría atender en la propia resolución judicial de carácter penal, sin perjuicio de la acción civil que se pudieran haber reservado para iniciar otro procedimiento (256).

Finalmente, en este delito, la sanción es incondicional, ya que no resultan de aplicación aquí las condiciones objetivas de punibilidad

(254) Para el caso en el que se careciese de la referida justificación económica o empresarial, podría estarse a lo dispuesto en el artículo 260.1 CP.

(255) Si bien es cierto que la opinión doctrinal mayoritaria considera que infringir el principio «*par conditio creditorum*» no consuma el delito.

(256) *Vid.*, sobre esta materia relacionada con la participación del *extraneus*, Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, pp. 835 y 836.

previstas en el artículo 259.4 CP –acción de perseguibilidad cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso–.

3.2 El favorecimiento postconcursal del artículo 260.2 CP

Continuando con la exposición anterior, debe indicarse que las infracciones que tipifican el fraude en la generación o la tramitación de los procedimientos judiciales previstos legalmente para la solución de los casos de crisis económica o insolvencia, son las previstas en el artículo 260.2 CP, así como la relativa a la presentación de datos contables falsos en el procedimiento concursal.

En este sentido, el artículo 260.2 CP prevé una sanción penal dirigida al «deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto» (257).

Se trata de un favorecimiento postconcursal (258) de acreedores, radicando la diferencia fundamental entre el apartado 1 y 2 del artículo 260 en que en el 1 no se exige la admisión a trámite de la solici-

---

(257) Respecto a este apartado, hay que tener en cuenta que, dictado el auto en caso de concurso voluntario, el deudor conserva sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero sometidas a la intervención de la administración concursal, que las habrá de autorizar o estar conforme con ellas. Aunque también podrá el juez suspender dichas facultades (artículo 106.1 y 3 Ley Concursal). Y en caso de concurso necesario, se suspende el ejercicio de dichas facultades, que pasan a ser ejercidas por la administración concursal, aunque también podrá el juez ordenar la mera intervención (artículo 106.2 y 3 Ley Concursal). Es por ello por lo que resultará complicado consumar este delito cuando estemos ante un concurso necesario, ya que durante el mismo el deudor no podrá administrar ni disponer de sus bienes. Sanciona el Código solo aquellos actos que se realicen sin autorización judicial ni de la administración, siempre que se actúe fuera de la ley. Téngase en cuenta que la Ley Concursal garantiza la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor en los términos que establece en su artículo 111, al que hay que estar para comprobar la tipicidad penal de su conducta. *Vid.*, sobre esta cuestión, De la Mata Barranco, N. J.: «Delitos de frustración… *op. cit.*, p. 386.

(258) Con relación a esta modalidad de favorecimiento de acreedores, *Vid.*, entre otros, Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, pp. 850 y ss.; Sánchez Dafaude, M.: *Estudio crítico… op. cit.*, pp. 119 y ss.; Galán Muñoz, A.: «Los delitos patrimoniales…», *op. cit.* p. 132; González Cussac, J. L.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, pp. 508 y 509; Meléndez Sánchez, F.L.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, pp. 516 y 517; Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: *Frustración de la ejecución… op. cit.*, Cap. III. IV; Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito… op. cit.*, pp. 275 y ss.

tud del concurso, por lo que en ese caso se trata, en puridad, de un favorecimiento de acreedores ajeno a la esfera concursal (259).

Esta conducta constituye una modalidad más grave de favorecimiento que la expuesta en el artículo 260.1, y evidentemente también tiene asociada una pena mayor que la prevista para las conductas recogidas en el artículo 259. El primer elemento del delito lo constituye un acto procesal indispensable, que actúa como límite temporal, en virtud del cual ya no sería posible cometer el delito del apartado 1. Se trata de la admisión a trámite de una solicitud de concurso.

En este sentido, Pavía Cardell (260) plantea el interrogante relativo a la posibilidad de entender que el delito del artículo 260.2 queda limitado a los supuestos de concurso necesario, por ser este el único en el que tiene lugar una verdadera admisión a trámite de la solicitud, conforme a la literalidad de las normas concursales. Evidentemente la respuesta debe ser negativa, ya que resulta inadmisible excluir del ámbito de la protección penal aquellos supuestos de concurso voluntario. Ciertamente, y haciendo eco de las palabras del autor, carece de justificación político criminal primar al deudor que favorece ilícitamente a otros acreedores por el mero hecho de que haya promovido su propia declaración de concurso. En consecuencia, los actos que no estén autorizados deben subsumirse en el artículo 260.2, y, por lo tanto, la declaración de concurso voluntario equivaldrá normativamente a la admisión a trámite de la solicitud. Y si bien la admisión a trámite de la solicitud supone el límite inicial del ámbito temporal del delito, es cierto que sería posible finalmente que la declaración del concurso no llegue a producirse. Es por ello por lo que será el auto de declaración del concurso el que determine el alcance y las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio.

La protección penal de este delito pretende que se respeten las reglas establecidas por el Estado para la canalización y solución procesal de las situaciones de crisis económicas o insolvencias, y no la

(259) Con anterioridad, como no se reflejaba la tipicidad objetiva, las conductas eran impunes. Así, Paredes Castañón, J.M.: «Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes», en VV.AA.: *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz.* Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1656 y ss., entiende que dicha atipicidad deviene de la concepción de los estadios de riesgo permitido por el sujeto, si bien con la libertad limitada de seleccionar deudas y/o acreedores a quien deba satisfacer.

(260) *Vid.* Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.* pp. 851 y ss.

causación de ningún perjuicio patrimonial a los acreedores (261), ni la atención equitativa a los intereses de los acreedores para la satisfacción de sus créditos –*conditio creditorum–,* sino la actuación del deudor que se atribuye funciones que no le corresponden (262) en el ámbito judicial-concursal.

En esta modalidad delictiva se castiga la ruptura del principio de la *par conditio creditorum* por parte del deudor insolvente, que se encuentra inmerso en un procedimiento concursal, prevaleciendo el principio de universalidad del concurso, en virtud del cual todos deben integrarse a la masa pasiva y en la determinación de la masa (263) activa del concurso.

Debe advertirse que lo que distingue esta modalidad delictiva respecto del delito de alzamiento genérico (artículo 257.1 CP), es la solicitud de declaración del estado de insolvencia y su admisión a trámite. La acción en sentido estricto, que no es otra que el acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones es la misma que en el delito de alzamiento, constituyendo la peculiaridad de esta figura de alzamiento, que el pago o la generación de obligaciones sean realizados a favor de uno o varios acreedores reales – no ficticios–, cuyo crédito sea previo al procedimiento concursal –y no posterior– (264). Se trata,

---

(261) Al respecto, la SAP Castellón 17/2017, de 19 de enero, indicó que «la expresión «en perjuicio de sus acreedores» se configura no como una exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio, o en el de alguna otra persona; bastando la intención de perjudicar a los acreedores a través de la ocultación o sustracción de los bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento».

(262) Ciertamente, con muy buen tino expone Mestre Delgado que «En efecto, la admisión a trámite de una solicitud de declaración de concurso genera, de manera inmediata, el desapoderamiento, del afectado por la misma, de todas las facultades de administración patrimonial, que el juez otorga a determinados terceros (administradores concursales). A partir de ese momento, en consecuencia, estos terceros son los únicos que pueden decidir la realización de un acto de disposición, o de contracción de obligaciones (de contenido económico, se sobreentiende), que afecten al patrimonio sujeto al expediente. El deudor queda formalmente desapoderado de la administración del patrimonio objeto del concurso, y debe abstenerse de la realización de cualquier acto con trascendencia económica. El incumplimiento de este deber, por lo que supone de alteración de las reglas de organización del sistema, deviene delictivo». *Cfr.* Mestre Delgado, E.: «La frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 165.

(263) *Vid.* Marcos Cardona, M.: «El delito de alzamiento de bienes y su compatibilidad con la autotutela ejecutiva. Concurrencia de procedimientos administrativo y penal», en *Crónica Tributaria,* n.º 188, 2023, pp. 85-116.

(264) *Vid.*, sobre esta cuestión, Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 838.

por tanto, de una figura «a caballo» (265) del delito de alzamiento y del delito del artículo 259 CP, en el que pueden deducirse tres características esenciales: 1) la admisión a trámite de la solicitud del concurso; 2) acto del deudor basado en una disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o más acreedores, sean preferentes o no, con posposición al resto; 3) falta de autorización –administrativa o judicial– para realizar el acto.

Esta modalidad delictiva se configura como un delito especial propio –que exige la previa relación crediticia entre el autor y la víctima, que les convierte en deudor y acreedor–, ya que sólo puede ser autor el deudor sujeto a un expediente judicial concursal –al precisar de autorización judicial o de los administradores concursales–. En este sentido, los acreedores que actúen en connivencia con el deudor, que resultaren favorecidos, podrán responder en calidad de inductores (266), cooperadores necesarios (267), e incluso en régimen de complicidad (268).

También se trata de un delito de mera actividad, al no exigirse la producción de ningún resultado beneficioso para el propio autor, ni un perjuicio patrimonial de terceros. Simplemente se sanciona la mera disposición patrimonial de manera activa –resultando imposible la comisión por omisión–, o de contracción de obligaciones. Por tanto,

---

(265) *Cfr.* Vives Antón, T., González Cussac, J. L.: *Los delitos de alzamiento... op. cit.*, p. 126. En idéntico sentido, *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 157. Entiende este autor que el legislador penal de 1995, en su texto originario, en el caso de la quiebra y del concurso no existía un momento equivalente al de la admisión a trámite de la solicitud en las suspensiones de pagos, generando ello algunas interpretaciones en cuando al momento consumativo del delito, por lo que lo más razonable era concebir que el legislador se refería a los supuestos de suspensiones de pagos, donde ya existía una fase de admisión a trámite, y que se trasladaría este modelo a la regulación de la quiebra y del concurso. En efecto, esto es lo que se previó en la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio, en virtud de la cual, si la solicitud del concurso era presentada por otras personas legitimadas distintas al deudor, a tenor del artículo 7, «el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184 (…)», y el dictado de este auto de admisión a trámite era el presupuesto del delito del artículo 260.2 CP. En cambio, si el concurso había sido solicitado por el deudor, a tenor del artículo 6, no se producía un auto de admisión a trámite, ya que en estos casos «el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2 (…)».

(266) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Parte especial... op. cit.*, p. 188.

(267) *Vid.* González Cussac, J.L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, pp. 71 y ss.; Souto García, E.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 823.

(268) *Vid.* Cugat Mauri, M.: «De las insolvencias punibles», en *Comentarios al Código Penal. Parte especial.* Tomo I. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004 p. 885.

para la consumación delictiva se requiere que la acción típica tenga lugar una vez se haya admitido a trámite la solicitud de declaración judicial del estado concursal; que el deudor carezca de autorización expresa por el órgano judicial o los administradores concursales; que pretenda pagar a uno o varios acreedores, con posposición del resto, y que la conducta no esté amparada por una disposición legal.

Lo que se protege penalmente es el derecho de los acreedores a que exista una ordenada satisfacción de los créditos (269), respetándose el principio de igualdad de trato de todos ellos. Y el presupuesto del delito 260.2 viene determinado por la admisión a trámite de la solicitud de la declaración del estado de insolvencia. Así, comparándolo con el delito de alzamiento, este tipo penal exige una declaración judicial del estado de insolvencia; y a diferencia del delito del artículo 259, la admisión a trámite no se identifica con el hecho de «dejar de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», ni con el «haber sido declarado en concurso», presupuestos ambos del artículo 259 referido. Desafortunadamente (270), el presupuesto del delito del artículo 260.2 se encontrará, pues, en el auto judicial que admita a trámite la solicitud del concurso. Ciertamente, puede apreciarse que la conducta es similar a la descrita en el tipo del delito de alzamiento del artículo 257.1.2.º CP, aunque en el delito del artículo 260.2 la realización del pago o la contracción de obligaciones deben ser realizados en favor de uno o varios acreedores reales (271). En cuanto a la pretensión relativa a beneficiar a algún acreedor en perjuicio de otro/s, y sin la pertinente autorización judicial o de los administradores concursales, en su caso, se ha llegado a afirmar que tal ausencia de autorización, sin duda deviene superflua (272), habida cuenta que de existir tal permiso no estaríamos en el terreno de lo prohibido, al margen de la eventual responsabilidad (273)

(269) Otros autores, como Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 837, consideran que el bien jurídico estaría integrado por el patrimonio de los acreedores, tanto en el artículo 260.2 como en el apartado 260.1 CP.

(270) Al respecto, *Vid.*, con detalle, Souto García, E.: «Frustración de la ejecución…», *op. cit.*, p. 823.

(271) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 161. Y ello porque de tratarse de un acreedor ficticio o simulado, que no existiese con anterioridad a la admisión a trámite de la solicitud de la declaración judicial del estado de insolvencia, o del pago a un acreedor que no lo era con anterioridad, el tipo penal idóneo sería el del artículo 259 como forma de insolvencia agravada, y de no declararse judicialmente el concurso, entonces se trataría de una calificación de delito de alzamiento de bienes.

(272) *Vid.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 185.

(273) Ciertamente, si el autorizante de un permiso ilícito es el propio juez, serán de aplicación las disposiciones del Título XX del Código Penal relativas a la prevaricación intencional o negligente. De otro lado, si la autorización contraria a

en que pudieran incurrir los propios administradores concursales, por autorizar algo que no deberían tolerar.

De otro lado, en el tipo de injusto no se observa ninguna exigencia de elementos subjetivos. Es por ello por lo que podemos plantearnos cuándo se entenderá consumado el delito en cuestión. En este sentido, ¿se exige realmente la generación de un efectivo perjuicio económico para el resto de los acreedores?, ¿se exige el pago efectivo a un acreedor con posposición del resto?

Pues bien, el tipo penal refiere que se «realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar (…)», pero ello no implica que efectivamente se realice el pago material o que finalmente se haya generado alguna obligación. Simplemente, se exige cualquier acto, de la índole que sea, dirigido a pagar o contraer obligaciones (274), sin perjuicio de que se haya conseguido o no, por lo que se anticipa la intervención del Derecho penal a la posible causación de un perjuicio económico. Incluso en el caso de que se realice el pago a algún acreedor, no supondría, en todos los casos, que se produzca un perjuicio económico al resto de acreedores –podría existir más volumen en la parte del activo que en la del pasivo–.

Ahora bien, no se consumará el delito cuando el deudor, sin encontrarse autorizado para ello, y fuera de los casos permitidos en la ley, pague a los acreedores siguiendo el orden previsto en la graduación de créditos (275). En este caso estaríamos ante un incumplimiento meramente formal que no lesiona al patrimonio de los acreedores, que no resultan pospuestos unos frente a otros. Y es que, como ya he mencionado, no se exige para su consumación la producción de un perjuicio patrimonial a los acreedores pospuestos, sino la creación o agravación del estado de insolvencia, pues de existir bienes suficientes para satis-

---

derecho procede de los administradores concursales, les resulta extensivas las previsiones sobre el delito de cohecho -artículo 423 CP-, malversación -artículo 435- o negociaciones prohibidas -artículo 440-. Este tipo de responsabilidades podrían perfectamente haberse previsto de manera específica en el tipo penal, pero el legislador no optó por este criterio.

(274) De esta opinión, entre otros, Vives Antón, T., González Cussac, J. L.: *Los delitos de alzamiento… op. cit.*, p. 130, entienden que no se requiere en el tipo penal, para su consumación, la causación de un daño patrimonial. En la misma línea, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 162. Para este autor, «el delito se consuma en el instante en que se lleva a cabo el acto de disposición patrimonial o el acto generador de obligaciones, colocando al deudor en situación de insolvencia». De opinión contraria, Bajo Fernández, M., Bacigalupo Saggese, S.: *Derecho penal económico…* (2010), *op. cit.*, p. 396, al asimilar la expresión «acto de disposición a la del delito de estafa del artículo 248, lo que requiere un traslado patrimonial.

(275) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 838.

facer al resto de acreedores pospuestos, no se atentaría al bien jurídico protegido y no se consumaría el delito.

No debe relegarse a un segundo plano que el acto consistente en la disposición patrimonial o generador de obligaciones debe realizarse sin que el deudor tenga autorización para ello. Y dicha autorización solo podría ser válida si procede del juez, de los administradores concursales, o por disposición legal. Por lo tanto, de existir la debida autorización (276) para disponer bienes o contraer obligaciones, devendría la conducta en atípica. Pero es que, además de carecer el deudor de autorización para los actos de disposición o contracción de obligaciones, éstos deben ser ilegales –en concreto, se indica, «fuera de los casos permitidos por la ley (277)»–. Así pues, cuando el deudor actúa con ausencia de autorización no implica automáticamente que esté cometiendo del delito del artículo 260.2, sino que se exige la ilegalidad propia del acto en sí mismo (278). Y es que la ausencia de autorización, llegado el caso, podría subsanarse o impugnarse, anulándose las operaciones o negocios jurídicos llevados a cabo, pero no constituye *per se* este delito. Además, la conducta típica ha de recaer en bienes incluidos en la masa del concurso, o que debieran estarlo –no estándolo en ese momento–.

Si posteriormente se concreta que no era autorizable (279) el acto de disposición, podría producirse la anulación de los efectos de la referida disposición de bienes y generar responsabilidad (280) en el órgano que autorizó la medida, pero la conducta del deudor no sería típica. Así, llegado el caso, el administrador concursal podría ser sancionado por administración desleal, y si fuese funcionario a efectos penales, podría ser responsable de un presunto delito de prevarica-

(276) También podría esgrimirse la concurrencia de error de tipo -y no de prohibición- en el caso de actuarse por error ante los elementos del tipo. *Vid.* González Cussac, J.L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, pp. 117 y ss.

(277) Al tratarse de casos contemplados en la ley, el precepto nos dirige a la normativa extrapenal. Sobre las mismas y sus comentarios, *Vid.* Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, pp. 853-855.

(278) En este sentido, *Vid.* Vives Antón, T., González Cussac, J. L.: *Los delitos de alzamiento… op. cit.*, p. 131; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 164.

(279) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 165.

(280) Téngase en cuenta que el artículo 435.4º CP establece que se castigará como autor de delito de malversación impropia, y, por tanto, con una mayor penalidad que la prevista en el artículo 260.2 CP, «a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley».

ción, cohecho o malversación (281). Finalmente, existiría concurso de delitos con la estafa si el deudor engaña a quien de buena fe contrata con él. Y en lo atinente a la responsabilidad civil, la cuantía defraudada deberá incorporarse a la masa del concurso, al margen de que pueda acordarse la nulidad (282) de escrituras notariales indebidas.

4. El tipo específico de presentación de datos falsos en el procedimiento concursal. El artículo 261 CP

El contenido del actual artículo 261 CP fue novedoso en el texto originario del Código Penal de 1995 (283), ya que el mismo no se preveía en la norma con anterioridad. Sin embargo, el precepto ha permanecido invariable desde que se modificó en el año 2003, en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (284). En concreto, castiga a quien «en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel» –procedimiento concursal–.

Aquí se sanciona penalmente aquellas conductas –en el seno del procedimiento concursal (285)– consistentes en presentar datos falsos sobre el estado contable, con la finalidad de conseguir la declaración del concurso. Esta modalidad delictiva se configura como una excepción a la regla general en virtud de la cual resulta impune la falta de veracidad de las conductas falsarias (286).

La falsedad del artículo 261 CP consiste en presentar datos como si fueran verdaderos, cuando en realidad no lo son (287), y que afecten

---

(281) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 840.

(282) *Vid.* Faraldo Cabana, P.: Últ. op. y *loc. cit.*

(283) Por aquel entonces se describía el reproche penal para quien «en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos».

(284) Se modificó la referencia a «procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos» por «procedimiento concursal», para alinearse con lo dispuesto en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

(285) En este sentido, *Vid.*, además de los citados, los trabajos, de Pavía Cardell, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, pp. 855 y ss.; Sánchez Dafaude, M.: *Estudio crítico… op. cit.*, pp. 131 y ss.; Galán Muñoz, A.: «Los delitos patrimoniales…», *op. cit.*, pp. 133 y 134; Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: *Frustración de la ejecución… op. cit.*, Cap. III.V.

(286) *Vid.* Souto García, E.: «Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del artículo 261 del Código penal», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña,* 2005, p. 898.

(287) Al respecto, *Vid.* González Cussac, J.L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, p. 251

al activo o al pasivo del deudor, bastando la presentación ante el juez del documento inveraz (288), siempre que concurra, eso sí, el elemento doloso en la voluntad del sujeto activo, tanto en la presentación del documento como tratar de conseguir la indebida declaración del concurso –doble intencionalidad–. No se admite la imprudencia.

Se trata de un delito especial –y en concreto, delito especial propio–, eminentemente doloso –con una finalidad concreta–, en el que sólo puede ser autor material del hecho el deudor implicado en el expediente procesal concursal –en el seno de un procedimiento concursal–. Y aunque el Tribunal Supremo ha admitido la concurrencia de dolo eventual en el presupuesto subjetivo del tipo penal, en mi opinión debe descartarse la posibilidad de dolo eventual por tratarse de un delito de consumación anticipada, en el que se exige que el sujeto activo actúe con la finalidad de que se declare su estado de insolvencia. Por tanto, este refuerzo que se prevé en el tipo penal con la expresión «a sabiendas», «con el fin de lograr la declaración de (su insolvencia)», me lleva a la convicción de que el delito solo puede consumarse a través de dolo directo.

Con esta infracción se sanciona el fraude de datos (289) para provocar error en el órgano judicial, y tratar de obtener indebidamente la declaración judicial de concurso que no procedería de no haberse presentado los datos falsos. Al respecto, la STS 606/2019, de 10 de diciembre, expuso que «En todo caso, el delito exige de la concurrencia de cuatro requisitos: a) La existencia de un procedimiento de concurso; b) la presentación de datos falsos relativos al estado contable, siempre que estos cuenten con la aptitud objetiva de condicionar la declaración del concurso y lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido; c) la existencia de un dolo directo o eventual que abarque el conocimiento de la falsedad («a sabiendas» (290), dice el Código) y d) el elemento subjetivo y tendencial de lograr indebidamente con ello la declaración de concurso y el perjuicio de la atención íntegra o puntual de los créditos».

La falsedad debe ser idónea para causar un perjuicio económico, esto es, estar dotada de aptitud lesiva para causar el perjuicio econó-

(288) *Vid.* Souto García, E.: *Problemática concursal… op. cit.*, p. 900.

(289) Se considerarán datos falsos aquellos que no reflejen la verdadera situación del estado contable del afectado por el expediente, presentados por propia iniciativa del sujeto activo o a requerimiento del juez compete, y dirigidos para obtener la declaración legal de concurso.

(290) En este sentido, se requiere un dolo específico que emana de la expresión «con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel [del concurso]». Se exige, por tanto, como recuerda la STS 730/2017, de 13 de noviembre, «objetivamente, haberse expresado un dato en la contabilidad que es incorrecto y, subjetivamente, que se hizo a sabiendas y precisamente con la finalidad de obtener la declaración de suspensión de pagos solicitada».

mico típico a un acreedor. Al tratarse de un procedimiento concursal, el patrimonio que puede verse perjudicado es el de los acreedores que reclaman el pago de sus créditos impagados. El concurso presupone la existencia de obligaciones impagadas, es decir, relaciones jurídicas obligacionales en virtud de las cuales una persona –el deudor– se obliga a la realización de una prestación a favor de otra, que no llega efectivamente a materializarse. Serán los patrimonios de los acreedores los que puedan verse perjudicados por la presentación de documentos que muestren un estado contable falso.

El sujeto activo debe encontrarse en condiciones de poder presentar los documentos en el procedimiento concursal con la finalidad de que se declare su situación de insolvencia. De manera que no puede ser sujeto activo cualquier persona, sino únicamente el deudor (291), e incluso los socios (292) que resulten personalmente responsables de las deudas de la sociedad deudora –al final son deudores–, habida cuenta de que el artículo 3 de la Ley Concursal otorga a todos ellos legitimación (293) para solicitar la declaración de concurso. Y también podría el acreedor (294), puesto que la legislación concursal (artículo 27 Ley Concursal) lo permite, pero no podría cometer este delito el administrador concursal, ya que su nombramiento tiene lugar en el auto de declaración del concurso (artículo 28 Ley Concursal).

En mi opinión, se trata de un delito de mera actividad, al no exigir el tipo para su consumación ningún resultado patrimonial perjudicial, o de otro género, como tampoco conseguir la declaración judicial concursal. Por tanto, se trata de un delito de peligro abstracto, en el que no se requiere la producción de un concreto perjuicio económico –cuantificado– a los acreedores. Y tampoco que efectivamente se declare finalmente la situación de insolvencia, sino simplemente que el sujeto actúe con tal ánimo. La descripción de la acción típica exige realizar conductas exclusivamente activas (295) –presentación de datos falsos (296) en

(291) *Vid.*, por todos, González Cussac, J.L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, p. 260.

(292) Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 845.

(293) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 175.

(294) *Vid.* De La Mata Barranco, N.J.: *Delitos de frustración… op. cit.*, p. 321; Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 846.

(295) *Vid.* Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio…», *op. cit.*, p 446. En cambio, González Cussac, J. L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, p. 272, sí considera que pueda realizarse una contabilidad alterada fruto de una omisión de datos. También, *Vid.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 189.

(296) En este sentido, la STS 730/2017, de 13 de noviembre, señaló que «una contabilidad puede merecer la consideración de catastrófica por muchas razones diversas de la de recoger datos falsos. Una contabilidad no solamente recoge descrip-

un expediente judicial–, no siendo posible su comisión por omisión. Para la consumación del delito será indiferente si finalmente el sujeto activo llega a obtener la declaración de concurso perseguida con la conducta, ya que se entenderá consumado tras la mera presentación (297) de los datos contables falsos en el juzgado, con el objetivo de solicitar, y, por ende, que se pueda declarar su estado de insolvencia y el concurso de acreedores –voluntario, a instancia del deudor–.

Vemos, pues, que el tipo se encuentra entre los delitos de consumación anticipada, y, en concreto, presenta la estructura de los delitos de resultado cortado (298) –pero recuérdese que se trata de un delito de mera actividad– precisamente por requerirse en el tipo penal un específico elemento subjetivo del injusto adicional al dolo, que consiste en el ánimo de obtener un ulterior resultado (299), pero éste no es preciso que se produzca para la consumación delictiva. Es por esta razón por la que el delito se corta antes de la producción del resultado.

Este delito pretende evitar los obstáculos que puedan darse para que la situación económica del deudor sea lo más exacta posible. Por esta razón, el bien jurídico protegido directo es el derecho de crédito de los acreedores, y, de manera indirecta o mediata viene integrado por el correcto funcionamiento del proceso concursal, y la ordenada satisfacción (300) de los créditos a través del proceso.

Puede apreciarse que el tipo penal no exige que el sujeto activo provoque o agrave su situación de insolvencia. Además, se criminaliza la falsedad cometida por particular (301). Su estructura típica guarda cierta relación con la estafa procesal, a través de conductas que consistirán generalmente en disminuir el activo de manera ficticia o aumentando el

---

ciones de datos sino también juicios de valor. La falsedad solamente puede predicarse de aquellas descripciones de datos. No de los juicios de valor. En todo caso la consideración de catástrofe es en sí misma un juicio de valor. Para decidir su corrección es necesario conocer los datos empíricos a los que se refiere. Éstos se encuentran ausentes en la sentencia. En los hechos probados y en ese fundamento jurídico».

(297) *Vid.* González Cussac, J.L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, p. 256; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 169.

(298) Al exigirse en el tipo la finalidad de «lograr indebidamente la declaración de aquéllos», hay quien considera, coherentemente, que se puede considerar la conducta como un delito de resultado cortado. Así, entre otros, *Vid.* De la Mata Barranco, N.J.: Delitos de frustración… *op. cit.*, p. 321.

(299) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 177.

(300) *Vid.* Souto García, E.: *Problemática concursal… op. cit.*, pp. 896 y ss. Alterando el orden del bien jurídico protegido, es decir, considerando que es el correcto funcionamiento del procedimiento concursal, e indirectamente, el interés de los acreedores en la ordenada satisfacción de los créditos, *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles… *op. cit.*, p. 843.

(301) *Vid.* González CussaC, J.L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, p. 249.

pasivo para así dar una idea falsa de la situación económica del autor, y adoptar decisiones perjudiciales para los acreedores. Al tratarse de un delito de peligro, y no de resultado, como ya he indicado, se explica que sea castigado con menor penalidad que el delito de estafa.

A diferencia de las modalidades delictivas comentadas anteriormente, el artículo 261 no guarda relación con la creación de una situación de insolvencia ni con un acto de disposición patrimonial o de contracción de obligaciones por parte del deudor, sino que se basa en una conducta fraudulenta (302) que tiene lugar en el seno de un procedimiento concursal y con una finalidad concreta.

En puridad, se trata de una falsedad ideológica, basada en faltar a la verdad en la narración de los hechos, llevada a cabo por un particular, a través de la presentación de datos falsos sobre el estado contable (303). En este sentido, también se encuentran falsedades ideológicas similares en los artículos 290 (304) y 310 (305) CP. No obstante, en el delito societario serviría cualquier documento que refleje la situación jurídica o económica de la entidad, en tanto que en el delito del artículo 261, los documentos idóneos serán aquellos que reflejen el estado contable del deudor, esto es, los que alteren la situación contable –diferencias y modificaciones en el activo y el pasivo–.

---

(302) De hecho, Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis… *op. cit.*, p. 189, es de la opinión de que este tipo penal hubiera encajado mejor en los delitos de falsedades o en los delitos contra la Administración de Justicia.

(303) No obstante, algunos autores consideran que se tipifica el uso de documentos falsos para obtener la declaración de concurso. *Vid.* Segrelles de Arenaza, I.: «Los delitos de insolvencia punible (los delitos concursales)», en Del Rosal Blasco, B. (Coord.): *Derecho penal de sociedades mercantiles.* Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 446. Otros entienden que se trata de un delito de falsedad. *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 310 y ss.

(304) El precepto sanciona a «Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero», resultando de aplicación la modalidad agravada «si se llegare a causar el perjuicio económico».

(305) Por su parte, el delito contable del artículo 310 castiga a quien «estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales: a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias. b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa. c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas. d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias».

Pero, por encima de todos, resulta muy relevante la similitud del delito con la falsedad del artículo 393, referido a las falsedades documentales –de carácter mercantil–, ya que castiga a quien, «a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes». No obstante, debe tenerse en cuenta que este tipo penal relativo a las falsedades documentales exige que se presente un documento materialmente falso, en tanto que el documento al que se refiere el artículo 261 constituye un documento verdadero (306) en el que lo falso es el contenido del documento, pero no el documento en sí mismo. También se ha relacionado su similitud con la estafa procesal, como veremos posteriormente en relación con el concurso de normas (307).

En este sentido, los datos falsos deberán plasmarse en aquellos documentos que alteren el estado contable, como se ha dicho, pero ¿qué documentos concretos pueden resultar idóneos para que se produzcan los efectos de la consumación delictiva? Evidentemente se trata de una norma penal en blanco, por lo que debe acudirse a la normativa concursal para determinar aquellos documentos que pueden constituir el objeto material del delito. En este sentido, se ha aludido al balance, los libros de contabilidad y las cuentas de activo y pasivo del deudor; e incluso, en opinión de algunos, también la memoria (308); pero no las certificaciones procedentes del Consejo de Administración –falsificación documental (309)–.

Martínez-Buján Pérez (310) plantea cuál es la justificación de que un particular quede sometido al deber de veracidad en la narración de los hechos, cuando este deber, con carácter general, solo se les presupone su exigencia a los funcionarios públicos. En este sentido, con buen criterio esgrime tres circunstancias que lo justifican, a saber, la propia clase del documento de que se trata, que altera el estado contable del deudor; el ámbito de un procedimiento concursal; la finalidad ilícita que se pretende con la presentación de los datos –declaración de insolvencia–. Ciertamente, tutelar el deber de veracidad, en estas cir-

(306) Al respecto, *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 168.

(307) *Vid.* Nieto Martín, A.: «Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal,* n.º 40, 1996, p. 774; Bajo Fernández, M., Bacigalupo Saggese, S.: *Derecho penal económico…* (2010), *op. cit.*, p. 411.

(308) Según lo dispuesto en los artículos 383 y 388 TRLSC. *Vid.*, al respecto, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos de insolvencia fraudulenta… op. cit.* p. 314.

(309) *Vid.* González Cussac, J.L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, p. 272.

(310) *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 168.

cunstancias y en el seno del procedimiento concursal, pretende garantizar el correcto funcionamiento de esta clase de procesos, así como la satisfacción ordenada de los créditos a los que tienen derecho de cobro los acreedores.

Debe tenerse en cuenta que no es lo mismo realizar una contabilidad falsa –se acredita que existe una contabilidad en un documento cuando en realidad no hay contabilidad alguna, cosa que resulta difícil de imaginar– o falseada –existe una contabilidad, pero en un documento se acredita una contabilidad modificada, alterada en sus ítems de activo y/o pasivo–; y otra cosa diferente es la presentación posterior del documento en el procedimiento de insolvencia. Pues bien, la calificación jurídico penal de la falsificación o falseamiento de aquellos datos incorporados en el documento, resultaría atípica penalmente conforme al artículo 261, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir el sujeto con otros tipos penales. Y es que, a efectos de este delito, lo especialmente relevante es la presentación del documento –mera presentación– con la finalidad del sujeto activo de que se declare su situación de insolvencia, a sabiendas de que no habría lugar a ello si se presentasen datos reales, en lugar de falsos (311). Es indiferente que se consiga o no la declaración de su insolvencia, en el procedimiento concursal.

Ciertamente, la conducta relativa a falsificar los documentos es atípica (312). Distinto es que, con anterioridad a la presentación de los datos contables falsos, existiese una falsedad material de los propios documentos –no solo del contenido de los mismos llevada a cabo por el propio individuo que posteriormente presenta dichos datos en el procedimiento concursal–. En este caso, es evidente que el deudor habrá consumado un delito de falsedad material tipificado en el artículo 392, y la presentación documental posterior de datos contables

(311) Cierto sector doctrinal ha considerado que es posible engañar después de la admisión a trámite de la solicitud de concurso, y que la declaración pretendida por el deudor cuando presenta los datos contables falsos podría ser la propia calificación del concurso o el dictado de la sentencia, y no la apertura del mismo o la admisión a trámite. *Vid.* Vives Antón, T.S., González Cussac, J.L.: *De las insolvencias punibles… op. cit.*, pp. 1302 y 1303. Sin embargo, me parece más coherente la tesis expuesta por Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 847, cuando afirma que la única declaración que cabe en el procedimiento concursal es la del concurso, quedando impunes por este delito que analizamos, aquellas conductas realizadas con posterioridad a la declaración del concurso.

(312) *Vid.* Quintero Olivares, G.: «Capítulo VII bis…», *op. cit.*, p. 189; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, pp. 173 y 174. En sentido contrario, González Cussac, J.L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, p. 268, entiende que el desvalor de la falsedad quede absorbido en el desvalor de la conducta de presentación (acto copenado impune)».

falsos en sede concursal supondrá una falsedad ideológica que genera un conflicto de normas (313).

Así, cuando es el deudor quien realiza la conducta de falsedades del artículo 392 CP, y además presenta tal documentación mendaz en el procedimiento concursal, estaría consumando no solo el tipo penal de los artículos 392 y 393, sino el delito del artículo 261 cuando su finalidad es que se declare su situación de insolvencia. Pues bien, la solución pasaría por resolver este concurso de normas por la regla del principio de consunción que establece el artículo 8 CP, en cuyo caso la pena más grave, que es la del delito del artículo 261, absorbería el tipo de injusto de los otros delitos.

No obstante, no existe una laguna de punibilidad de las falsedades documentales materiales –realizadas por el sujeto activo– habida cuenta de que los artículos 390-392 CP sancionan estas conductas, y en función de quién sea el sujeto activo (314) –particular, funcionario público–, resultará de aplicación un precepto u otro de los delitos de falsedades. En estos casos, existe un conflicto de normas, como se ha indicado en los párrafos anteriores.

Por otro lado, debe advertirse, en mi opinión, que existirá concurso de normas entre el delito de presentación de datos falsos del artículo 261 CP y los delitos de presentación en juicio de documentos falsos, de los artículos 393 y 461.2 CP, que se resuelve a favor de aquél, en virtud del principio de especialidad (artículo 8.1.º CP), ya que resulta su tipificación más específica –por el tipo de proceso, concursal, en el que se presentan los datos falsos, y la finalidad del autorque la de éstos (315). También pudiera plan-

---

(313) El artículo 261 CP no sanciona el uso de documentos mercantiles falsos, que se castiga expresamente en el artículo 393 CP, ni el uso de documentos privados falsos, que encontraría cobertura en el artículo 396 CP. Es la mera presentación o el uso en el procedimiento concursal, de documentos mercantiles a sabiendas de la falsedad ideológica de los datos que estos incorporan, que producen faltar a la verdad en la narración de los hechos. En materia concursal, el artículo 261 CP y el 392 CP o 394 CP entran en conflicto. Cuando la falsedad documental se refiere a los tres primeros números de lo dispuesto en el artículo 390 CP, entraría en concurso de normas. De hecho, cuando el deudor comete este delito de falsedades, realiza el delito del artículo 392, y si con posterioridad presenta el documento en el proceso concursal, entonces comete delito del artículo 393 CP.

(314) En este sentido, lo lógico será que el deudor presente un documento falso o un documento falseado, con datos contables que no se corresponden con la realidad, para presentarlos en el procedimiento concursal.

(315) Se ha afirmado, no obstante, que con relación a las conductas previstas en los artículos 290, 393, 396 y 461.2 CP, no procede un concurso aparente de leyes penales con el artículo 261 CP, habida cuenta que aquellos se refieren al particular que usa un documento que incorpora una falsedad en los tres primeros números del artículo 390.1 CP, y el artículo 261 CP sanciona al particular que presenta un docu-

tearse como concurso de normas el tipo de la estafa (316) procesal –artículos 261 (317) y 250.1.7.º CP–, que debe ser descartado, por

---

mento que contiene una falsedad ideológica del artículo 390.1.4 CP. Por otro lado, el artículo 290 CP se resolvería, en concurso de normas, a favor del delito concursal, en aplicación del principio de especialidad del art, 8.1 CP. *Vid.* Faraldo Cabana, P.: «XI. Insolvencias Punibles…», *op. cit.*, p. 848.

(316) En la STS 749/2017, de 21 de noviembre, que aborda el caso «AFINSA», se aprecia un concurso ideal o de normas: «2. En el caso, aunque pudiera haber sido posible, en la narración fáctica no se precisa de forma suficiente una conducta, relacionada pero independiente de la que constituye el delito de estafa, que hubiera causado la situación económica de la compañía, dando lugar al delito de insolvencia, por lo que, cumpliéndose, como se ha dicho, con las exigencias típicas de este último, es necesario concluir que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos, que debe resolverse, desde la perspectiva punitiva y de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia impugnada, mediante la imposición de la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior. Siendo ésta el delito de estafa, (…)». De igual manera, en la STS 429/2017, de 14 de junio, se aprecia las insolvencias punibles en concurso real con la estafa, ya que «la consideración de que ambas figuras protegen un bien jurídico homogéneo (como delitos patrimoniales que son), abonaba la posibilidad de entender que nos encontramos ante un concurso de leyes. Además, en estos supuestos pueden apreciarse dos conductas diferenciables: una que consigue el desplazamiento patrimonial mediante un engaño, generando el consiguiente empobrecimiento de la víctima; otra posterior que, para consolidar el enriquecimiento buscado (ánimo esencial a la estafa), extrae bienes del patrimonio e impide con ello que la víctima pueda resarcirse»; «las razones ya expuestas de separación temporal entre el desplazamiento patrimonial derivado del engaño característico de la estafa y el vaciamiento patrimonial propio de las insolvencias punibles, justifica la apreciación del concurso real de delitos que el motivo cuestiona, dado que la sentencia de instancia refleja que los actos de despatrimonialización, se abordaron años después de producirse muchas de las aportaciones dinerarias que se sancionan, y se hizo precisamente con ocasión de iniciarse el procedimiento concursal que buscaba ordenar el pago de las deudas».

(317) Por su parte, la STS 606/2019, de 10 de diciembre, que trae a colación un concurso de normas de un delito de alzamiento de bienes, tipificado en el artículo 257.1 CP, y otro de falsedad contable, tipificado en el artículo 261 CP: «En todo caso, pese a declararse esta responsabilidad, la sentencia de instancia considera que la previsión del artículo 261 del Código Penal converge en un concurso normativo con la tipificación del alzamiento de bienes del artículo 257.1.1.º del Código Penal, concluyendo que los hechos tienen que ser sancionados con la pena prevista para esta última infracción penal» (F. Segundo, 2). Así mismo, continúa que «hemos indicado anteriormente que el delito de alzamiento de bienes se configura como un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude sus derechos de crédito y, de otro, el interés colectivo por el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. El bien jurídico protegido es por ello semejante al que impulsa la tipificación del artículo 261 del Código Penal, si bien, si en aquel la protección penal se despliega respecto de conductas que vacían u ocultan el patrimonio con el que hacer frente a los débitos, en el delito que ahora contemplamos la conducta típica consiste en presentar datos contables falsos en el procedimiento concursal, cuando su desviación de la realidad se orienta precisamente a engañar a los órganos correspondientes del procedimiento concursal y lograr la declaración de un concurso

su distinto ámbito de aplicación –la estafa constituye un delito de resultado basado en causar un perjuicio patrimonial a un tercero, cuestión esta que no tiene lugar en el artículo 261, al ser de mera actividad y no exigirse un resultado–. Y también se ha planteado en la jurisprudencia la posibilidad de existencia de un concurso ideal (318).

---

improcedente de otro modo» (F. Segundo, 3). De otro lado, la SAN 2351/2020, de 6 de octubre, que resuelve el conocido caso «Pescanova», halló un concurso de delitos bastante amplio: falsedad en documento mercantil, estafa, falseamiento de cuentas anuales, falseamiento de información económica y financiera, insolvencia punible, alzamiento de bienes o alternativamente, blanqueo de capitales, uso de información relevante e impedimento de la actuación del organismo supervisor. Así, manifestó que «en efecto, en relación al tipo de insolvencia punible del artículo 260 vigente en la época de los hechos, la idea que subyacía en el presidente ejecutivo de Pescanova y los acusados de su plantilla, a los que se ha hecho mención en los hechos probados, era conseguir financiación bancaria para seguir abonando las grandes inversiones y para afrontar los gastos normales de tesorería, pero no hay datos de cargo que permitan deducir que la situación de insolvencia a la que se vieron abocados haya sido buscada de propósito, sino una lógica consecuencia de su desacertado enfoque ante la crisis financiera» (F. Séptimo).

(318) Se trata del caso Fórum Filatélico, en que se condena al Consejero delegado y se establece el concurso ideal de la insolvencia punible con el delito de estafa. Así, en la STS 809/2020, de 4 de marzo, el Tribunal Supremo expuso que «La situación de insolvencia aparece desde el primer momento de funcionamiento del negocio, pues el planteamiento de la actividad defraudatoria conduce necesariamente a una situación en la que el pasivo de la sociedad es siempre superior al activo. Y siendo así, con su propio patrimonio no podía hacer frente a sus obligaciones. No pueden integrarse en su patrimonio las nuevas aportaciones, a las que acudía para cumplir los compromisos adquiridos, sin incluir igualmente las obligaciones de recompra a mayor valor que las acompañaban, las cuales, necesariamente, generaban pérdidas. Dicho de otra forma, las aportaciones de los clientes incorporaban deudas mediante los compromisos de recompra a mayor valor; las nuevas aportaciones, que se utilizaban para atender aquellos compromisos, generaban nuevas deudas de mayor importe. La configuración del negocio suponía que un altísimo porcentaje de clientes recuperaría lo invertido con su correspondiente incremento. Luego, desde el primer momento, el activo era inferior al pasivo. Es cierto que el tipo penal exige que la insolvencia del declarado en concurso sea causada o agravada dolosamente por el autor, y que el modelo de negocio ya estaba implantado desde el principio, cuando el recurrente no era consejero delegado. Sin embargo, es claro que en la medida en que el recurrente continuó adquiriendo nueva filatelia, y la asignó a nuevos clientes a cambio de nuevas aportaciones, incrementó el importe de los compromisos económicos adquiridos y, en esa medida, agravó dolosamente la insolvencia ya existente. (…) Si se tiene en cuenta que, según los hechos probados, el recurrente utilizaba empresas interpuestas para desviar dinero de Fórum basándose en simular adquisiciones de sellos a proveedores ficticios, que extraía de Fórum clandestinamente sellos previamente comprados por la misma para que esas sociedades interpuestas se los volvieran a vender, que esas cantidades se depositaban en cuentas de esas sociedades, y si se valora la forma en la que se llevaba la contabilidad, resulta con claridad que la conducta declarada probada sería igual-

Ahora bien, se debe interpretar que la contabilidad mendaz debe manifestar una capacidad suficiente como para producir el error de que se declare la situación de insolvencia, aunque ésta finalmente no se produzca. Debe tener cierta verosimilitud, esto es, que efectivamente tenga la entidad como para proceder al engaño. De lo contrario, no debe entrar en escena la maquinaria del Derecho penal, por falta de idoneidad de la conducta.

La tentativa, al tratarse de un delito de consumación anticipada, es difícil de apreciar en la *praxis*, ya que la mera presentación de un documento mendaz en la administración concursal, con la finalidad de que tenga lugar la declaración oficial de su estado de insolvencia, ya consuma el delito. Y como se expuso con anterioridad, la incorporación de datos falsos o falseados en un soporte material, o en un documento, supondría una falsedad ideológica impune para el sujeto activo. Es por ello por lo que no siendo delictiva esta primera fase del sujeto, la tentativa de presentar un documento en el procedimiento

---

mente calificable como constitutiva de un delito de insolvencia. (…). Aunque en el motivo no se plantea, la conducta descrita en los hechos probados podría ser también subsumida en el artículo 259 CP, según la redacción actualmente vigente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015. (…). La jurisprudencia ha entendido que el bien jurídico protegido por el delito de insolvencia se orienta hacia la tutela del patrimonio de la víctima, viniendo a representar un reforzamiento de la responsabilidad universal consagrado en el artículo 1911 Código Civil. Puede identificarse, pues, con el bien jurídico protegido en el delito de estafa. Pero, además de la protección que se pretende del derecho personal de crédito, se aprecia la concurrencia con un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico adecuado a una economía de mercado libre (STS n.º 771/2006, de 17 de julio). En este sentido, el bien jurídico protegido aparecerá de forma más intensa y, por lo tanto, con mayor necesidad de protección, en algunos casos, especialmente cuando se trata de empresas de gran tamaño, en que el perjuicio no solo afectará a una gran cantidad de acreedores, con créditos importantes, sino también a un alto número de trabajadores y proveedores, e incluso al sector de la economía en el que desenvolviera su actividad, ya que, junto a la conducta estrictamente típica del delito de estafa, aparecen otras actividades ajenas a la conducta delictiva, como contrataciones con terceros, o relaciones económicas o laborales, que por sus características resultan suficientemente relevantes. En esos casos, no es posible identificar íntegramente los bienes jurídicos protegidos por los delitos de estafa e insolvencia, por lo que no puede acudirse al artículo 8 CP, sino que deben aplicarse las reglas que regulan el concurso de delitos». Finalmente, se indica que «es necesario concluir que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos, que debe resolverse, desde la perspectiva punitiva y de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia impugnada, mediante la imposición de la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior».

concursal resultaría prácticamente imposible, pues se presenta o no se presenta el documento.

Por lo tanto, es indiferente conocer quién ha sido el creador de la contabilidad mendaz que se aporta en el procedimiento, ya que ésta no debe estar vinculada con el tipo penal del artículo 261.

En cuanto a los intervinientes en la confección de la mendacidad del contenido del documento –si es que este no lo ha confeccionado el propio deudor–, cabe afirmar que el mismo puede ser falso o falseado, según los casos, y que, al tratarse de un delito especial propio, donde entiendo que podría llevar a cabo este delito el propio deudor, los socios con la condición de deudores, y los acreedores, todos ellos cuando cuenten con legitimación; pero los intervinientes que no reúnan tal condición no podrán ser autores ni coautores del delito (319). Simplemente podrán ser partícipes (320) en el caso de que sean conocedores de la falsedad contable, y de que la misma se va a presentar en un procedimiento concursal. Pero nada más. E incluso en el caso de interventores judiciales (321) que se dirijan a emitir un certificado falso, avalando los datos contables presentados, ni siquiera podrían ser considerados partícipes en este delito, ya que el tipo penal exige para su consumación la mera presentación del documento mendaz, y en este caso la actuación de los interventores sería posterior, por lo que a efectos de este delito, la conducta de aquéllos sería atípica, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que pudieran incurrir con su conducta en relación con los delitos de falsedades.

---

(319) En este sentido, pese a que me he mostrado partidario de concluir que el único sujeto activo de este delito solo puede serlo el deudor, según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 178, «el administrador de hecho de una sociedad responderá penalmente por este delito, entrando en escena lo dispuesto en el artículo 31 CP, en la medida en que posea el dominio social sobre las funciones de administración de la empresa. Y (…) la mera condición de socio único o mayoritario de la empresa no es suficiente para reunir la cualidad de autor». *Vid.*, acerca de las actuaciones en nombre de otro, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, pp. 262 y ss.

(320) *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra… op. cit.*, p. 261. Así, podrían concurrir en responsabilidad penal, en su caso, por falsedad de emisión de dictámenes del artículo 459 CP, o por falsedad documental del artículo 390.4 CP.

(321) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico… op. cit.*, p. 178. También, *Vid.* PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible…», *op. cit.*, pp. 855 y ss. En este sentido, una oposición a la declaración del concurso sería la finalidad contraria a la expuesta en el tipo penal, por lo que, en tal caso, la falsedad instrumental no podrá subsumirse en el artículo 261 CP. Pero tampoco como una falsedad en documento mercantil, prevista en los artículos 392 y 393 CP, habida cuenta su naturaleza de falsedad ideológica y teniendo en cuenta que el deudor es un particular. Y ello sin perjuicio del posible delito de falsedad en que pudiera incurrir, previsto del artículo 290, para el caso de administradores de sociedades.

VI. CONCLUSIONES

1. El Código Penal actual no incluye una definición como tal de las insolvencias punibles, pero sí referencia una extensa tipificación de las conductas delictivas que se ofrecen en estos delitos. Podría afirmarse que la insolvencia punible vendrá constituida por aquella conducta delictiva que se produce cuando el deudor realiza ciertos movimientos en su patrimonio para eludir las obligaciones contraídas con sus acreedores. A estos efectos, la insolvencia debe ser intencionada, salvo lo dispuesto en el artículo 259.3 CP, que admite la comisión imprudente sorprendentemente, para las modalidades delictivas descritas en el artículo 259. Y más allá de la distinción relativa a la insolvencia total o parcial, definitiva o provisional, real o aparente, jurídica o fáctica, lo determinante será que se pueda o no se pueda cumplir en su totalidad con las obligaciones –en el caso de no poder cumplirlas, el deudor deviene insolvente–. Se ha afirmado por un sector doctrinal relevante que se es solvente o no se es; en este sentido, resultará relevante el hecho de que los acreedores puedan o no puedan encontrar bienes suficientes para garantizarse el cobro de sus créditos u obligaciones económicas.

La reforma penal de mayor calado acerca de las insolvencias punibles en las últimas décadas tuvo lugar en el año 2015, en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Por un lado, los delitos de frustración de la ejecución (artículos 257-258 ter CP), que se centran en las conductas del deudor que persiguen, fraudulentamente, dilatar, dificultar o impedir el procedimiento civil previsto para que el acreedor pueda satisfacer sus créditos; y, por otro lado, los delitos de insolvencia punible (artículos 259-261 bis), que sancionan los comportamientos de defraudación de los intereses de los acreedores. Además, se produce una separación del Título XIII en los capítulos VII y VII bis, dedicándose el primero de ellos a la «Frustración de la ejecución» e incluir en su contenido el delito de alzamiento de bienes –que había estado estrechamente ligado hasta la fecha a las insolvencias punibles–, y otras dos nuevas figuras delictivas («ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad»); y dedicándose el segundo capítulo a «las insolvencias punibles». Aquí se introduce el mal denominado «nuevo delito de concurso punible o bancarrota», que puede perseguible se haya declarado el concurso o no, con tal de que exista una insolvencia actual o inminente; y un tipo agravado para los supuestos en los que se causan

perjuicios económicos de especial gravedad o bien deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

2. Conviene señalar que, ante un escenario de insolvencia del deudor, las ejecuciones individuales se sustituyen por un procedimiento colectivo que tutela los intereses de todos los acreedores, sobre la comunidad de pérdidas y del tratamiento igualitario (*par conditio creditorum).* Y este procedimiento es el concurso de acreedores, el cual puede definirse como aquel procedimiento judicial por el cual se procura que un deudor en situación de insolvencia reestructure su negocio, si hay posibilidad de salvarlo, o satisfaga ordenadamente sus deudas, si no la hay. Para ello, se limitan sus facultades de administración y se nombra una administración concursal, con facultades más o menos amplias. Para el pago de las deudas se establece un orden de prelación de créditos: tienen prioridad los créditos contra la masa, a continuación, los créditos privilegiados y, por último, los subordinados.

El estado de insolvencia puede clasificarse en hasta tres grupos diferentes en materia penal. Así, la insolvencia total y parcial; la insolvencia definitiva y la provisional; y la insolvencia real o aparente. En este sentido, considero que, atendiendo al principio de *última ratio* que impera en nuestro Derecho penal, la distinción entre insolvencia parcial o total, así como la absoluta o provisional, podrían resultar penalmente irrelevantes a efectos de los delitos de insolvencias punibles, no corriendo la misma suerte la categoría de insolvencia real o aparente, que tendría plenos efectos en la esfera penal sancionadora. En este sentido, lo que se pretende es que el Derecho penal sancione a los infractores que realizan las conductas típicas, interviniendo únicamente cuando exista un plus de antijuridicidad respecto de la ordenación civil o mercantil, esto es, cuando se aprecie una intención maliciosa o defraudadora del deudor.

Debe tenerse en cuenta que en las relaciones obligacionales también pueden asumir responsabilidad quienes se comprometen al cumplimiento de obligaciones secundarias, así como los avalistas o garantes de cualesquiera obligaciones asumidas por todos los demás comprometidos a su cumplimiento; y de la responsabilidad civil dimanante del delito responden (*ex* artículo 116 CP) todos los partícipes en el mismo. Estos delitos admiten la participación del *extraneus*, en la categoría de inductores o cooperadores necesarios, e incluso cómplices –pero no podrían ser autores de ninguna de sus modalidades al no ser deudores ni ejecutados–. Y desde el año 2010 se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es por ello por lo que, según el artículo 31 bis CP, la actuación delictiva que realicen los administradores de hecho o de derecho, empleados e incluso los liquidadores

de una persona jurídica puede generarle responsabilidad penal a ésta, en tanto que tales actuaciones se hayan realizado en nombre o por cuenta de ella, y en su beneficio directo o indirecto; o por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

3. Centrándome en las distintas categorías delictivas relativas a las insolvencias punibles, el artículo 259.1 CP regula ciertas conductas irregulares que realiza el deudor siempre que se halle en un estado de insolvencia real o inminente, que configuran el delito. Además, se contempla una suerte de amplio abanico de infracciones que, con anterioridad, no eran constitutivas de delito –estaban previstas en la legislación concursal–, en tanto que eran conductas que permitían calificar el concurso de acreedores como culpable, pero no como un hecho delictivo. Estas conductas, que suponen el incumplimiento de las obligaciones exigibles al deudor, pueden considerarse una condición objetiva de punibilidad, por lo que, en caso de no producirse, no superarían el estado de la atipicidad.

Ciertamente, del análisis semántico de la redacción del artículo 259, podemos inferir que no nos hallamos ante conductas que se producen exclusivamente en el seno de un procedimiento concursal, donde la libre disposición y gestión económica del deudor se halla limitada, sino que se contemplan conductas que pueden realizarse antes de la apertura del concurso, en un escenario preconcursal, a saber, cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia, bien porque no pueda satisfacer sus obligaciones, bien porque es previsible que no podrá atenderlas en los siguientes meses –insolvencia actual o inminente–.

La redacción del artículo 259.1 CP pone de manifiesto que se trata de un delito mixto alternativo, en el que las nueve modalidades delictivas constituyen un delito especial, ya que el denominador común del tipo exige que se trate de un deudor que se encuentre en la situación de crisis económica o insolvencia, e incluso, tratándose de personas jurídicas, su administrador de hecho o de derecho. Por lo tanto, estamos ante un delito especial propio. El tipo no exige ningún resultado lesivo para la masa patrimonial ni similar –se consuma el delito con la mera realización de una sola de las conductas, siendo indiferente que se realicen una o varias conductas–, en el que se enumeran ocho modalidades delictivas a la que se añade una cláusula general abierta, que debe ser interpretada de forma restrictiva, y, en concreto, cuando se produzca una efectiva disminución del patrimonio del deudor o una ocultación de su situación real y económica.

4. Con relación al contenido del artículo 259.2 CP –referido a la insolvencia causada por el deudor–, si se realiza alguna de las conduc-

tas descritas en el artículo 259.1 CP se castiga, *ex novo,* con idéntica intensidad que en el apartado primero, a quien cause su situación de insolvencia, calificándose este tipo penal, por el propio legislador –en mi opinión de manera equivocada, siendo en realidad un delito de actuaciones irregulares del deudor insolvente– como un delito de concurso punible o bancarrota. Para su consumación, se exige la causación de insolvencia, y no la declaración del concurso. Además, pese a que la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015 lo describe como un delito de peligro, en puridad se trata de un delito de resultado lesivo para el bien jurídico protegido.

El tipo penal contiene una partida doble, a saber, la realización de las conductas anteriormente analizadas –artículo 259.1 CP–, más la causación de la insolvencia. En realidad, se están mezclando dos cosas totalmente diferentes, pues si el legislador consideraba el delito de quiebra o bancarrota –tal y como él lo denomina– como delito de peligro en la propia exposición de motivos, no sucede lo mismo cuando se requiere en el tipo la producción de un resultado, que no es otro que la causación de insolvencia. Se trata de un doble criterio incriminador, pero quizá hubiera resultado más apropiado utilizar un único sistema, y agravar la conducta si se demuestra que existió nexo de causalidad entre la voluntad del sujeto y el hecho consumado.

La diferencia principal entre el apartado 1 y 2 del artículo 259 CP estriba en la previa existencia de una situación de insolvencia actual o inminente en el primer caso, o la creación de la situación de insolvencia en el segundo, teniendo en ambos casos como denominador común la previsión de las mismas conductas para su consumación.

5. El delito de favorecimiento ilícito de acreedores se prevé en el artículo 260 CP, tipificando un favorecimiento preconcursal, en el apartado primero, en el que se exige que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente, y, a su vez, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. En este caso, no se reprocha penalmente la producción de un perjuicio patrimonial, sino la falta de respeto a las normas establecidas por el legislador para la solución procesal de las situaciones de crisis económica o insolvencia. En este delito, la sanción es incondicional, ya que no resultan de aplicación las condiciones objetivas de punibilidad previstas en el artículo 259.4 CP –acción de perseguibilidad cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso–.

Debe tenerse en cuenta que no se trata únicamente de un acto de favorecimiento a un acreedor frente a los demás, sino que se le da algo que no le corresponde, esto es, pagarle un crédito no exigible, o facilitarle una garantía a la que no tenía derecho un acreedor. No resulta necesario que se lleve a cabo el pago total del crédito a los acreedores, ni que se facilite la garantía, sino que se haya realizado algún pago, acto de disposición patrimonial o se haya contraído alguna obligación sin justificación económica o empresarial, que constituye un elemento negativo del tipo.

6. El artículo 260.2 CP tipifica el delito de favorecimiento ilícito de acreedores postconcursal, dirigiendo el reproche penal al deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales –o por disposición legal–, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto. La protección penal de este delito pretende que se respeten las reglas establecidas por el Estado para la canalización y solución procesal de las situaciones de crisis económicas o insolvencias, y no la causación de un perjuicio patrimonial a los acreedores, ni la atención equitativa a los intereses de los acreedores para la satisfacción de sus créditos *–conditio creditorum–,* sino la actuación del deudor que se atribuye funciones que no le corresponden en el ámbito judicial–concursal.

Ciertamente, la realización del tipo penal no implica que efectivamente se realice el pago material o que finalmente se haya generado alguna obligación. Simplemente, cualquier acto dirigido a pagar o contraer obligaciones –ya se haya conseguido o no el objetivo– de manera que se anticipa la intervención del Derecho penal, no siendo precisa la producción de perjuicio económico alguno. En este sentido, no se consumará el delito cuando el deudor, sin encontrarse autorizado para ello, y fuera de los casos permitidos en la ley, pague a los acreedores siguiendo el orden previsto en la graduación de créditos. En este caso estaríamos ante un incumplimiento meramente formal que no lesiona al patrimonio de los acreedores, puesto que no resultan pospuestos unos frente a otros.

La diferencia fundamental entre el apartado primero y el segundo del artículo 260 CP estriba en que en el primero no se exige la admisión a trámite de la solicitud del concurso, por lo que se trata, en puridad, de un favorecimiento de acreedores ajeno a la esfera concursal.

7. Finalmente, se prevé un tipo específico en el artículo 261 CP, consistente en la presentación de datos falsos o mendaces en el proce-

dimiento concursal, siempre que la conducta se realice con conocimiento de causa, es decir, a sabiendas, y con el concreto fin de lograr indebidamente la declaración del procedimiento concursal –el elemento doloso en la voluntad del sujeto activo, tanto en la presentación del documento como en la pretensión de conseguir la indebida declaración del concurso, denota una doble intencionalidad–. La falsedad debe ser idónea para causar un perjuicio económico, esto es, estar dotada de aptitud lesiva para causar el perjuicio económico típico a un acreedor. Con esta infracción se sanciona el fraude de datos para provocar error en el órgano judicial y obtener indebidamente la declaración judicial de concurso, que no procedería de no haberse presentado los datos falsos. Este delito se cataloga como un ilícito de consumación anticipada, en el que no se exige que el sujeto activo provoque o agrave su situación de insolvencia. Además, se trata de un delito de mera actividad y un delito de peligro abstracto.

Considero que podría llevar a cabo este delito el propio deudor, los socios con la condición de deudores, y los acreedores, todos ellos cuando cuenten con legitimación pertinente, pero los intervinientes que no reúnan tal condición no podrán ser autores ni coautores del delito. Simplemente podrán ser partícipes.

Ciertamente, y a diferencia de las modalidades delictivas anteriores, el artículo 261 CP no guarda relación con la creación de una situación de insolvencia ni con un acto de disposición patrimonial o de contracción de obligaciones por parte del deudor, sino que se basa en una conducta fraudulenta que tiene lugar en el seno de un procedimiento concursal, con una finalidad concreta. Se trata de una falsedad ideológica, basada en faltar a la verdad en la narración de los hechos, llevada a cabo por un particular a través de la presentación de datos falsos sobre el estado contable. Aquí, la conducta relativa a falsificar los documentos resulta atípica. Además, es indiferente conocer quién ha sido el creador de la contabilidad mendaz que se aporta al procedimiento, ya que ésta no debe estar vinculada con el tipo penal del artículo 261 CP.

Adquisición de bitcoin mediante tarjetas prepagadas y «vouchers» no rastreables sin aportar datos personales: operativa, marco jurídico y consecuencias penales y administrativo-tributarias

NORBERTO MIRAS MARÍN

Profesor Contratado Doctor
Universidad de Murcia

RESUMEN

¿Se puede adquirir bitcoin con dinero en metálico sin dejar un rastro de datos personales? Adelantamos que sí. Y no es solo posible, sino que es sencillo. En este artículo se parte de algo al alcance de todos: la adquisición a cambio de efectivo de tarjetas y cupones prepagados no rastreables. Y se descompone su operativa de adquisición y su calificación en el marco jurídico español y europeo. A través de dichos cupones o vouchers se puede adquirir bitcoin, directamente en mercados descentralizados P2P, o a través del paso intermedio del voucher de bitcoin. Una vez adquiridos, se utilizará una cold wallet para almacenar sus claves privadas, exprimiendo al máximo el anonimato que nos puede dar el sistema. En una segunda parte del artículo, se estudian, desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, las consecuencias jurídicas, tanto aspectos fiscales, como las obligaciones de identificación conforme a la Ley 10/2010 y los riesgos penales asociados.

Palabras clave: *bitcoin anonimato, compra de bitcoin con efectivo, cupones prepagados bitcoin, normativa bitcoin España, fiscalidad criptomonedas, blanqueo de capitales criptomonedas, Ley 10/2010, modelo 721 criptomonedas, MiCA, Travel Rule, criptoactivos legales.*

ABSTRACT

Can bitcoin be purchased with cash without leaving a trail of personal data? We anticipate that it is. And it's not only possible, it's simple. This article begins with something accessible to everyone: the acquisition of untraceable prepaid cards and vouchers. It breaks down their acquisition process and their classification within the Spanish and European legal framework. Through these coupons or vouchers, bitcoin can be acquired, directly in decentralized P2P markets, or through the intermediate step of the Bitcoin voucher. Once acquired, a cold wallet will be used to store their private keys, maximizing the anonymity the system can provide. The second part of the article studies, from a doctrinal, jurisprudential, and practical perspective, the legal consequences, including tax aspects, such as identification obligations under Law 10/2010 and the associated criminal risks.

Keywords: *buy bitcoin anonymously Spain, bitcoin prepaid voucher Spain, bitcoin tax Spain, AML crypto regulation Spain, bitcoin and Law 10/2010, MiCA compliance, Travel Rule crypto, bitcoin and money laundering, bitcoin legal status Spain.*

SUMARIO: I. Consideraciones previas.–II. Contexto tecnológico.–III. Los medios de pago no rastreables o «untraceables».–IV. Procedimiento de adquisición de bitcoin a partir de metálico, tarjetas prepago y «vouchers», o directamente en P2P o en un exchange sin KYC. 1. Adquisición inicial de la tarjeta prepago. 2. Adquisición directa en exchanges o plataformas P2P. 3. Compra online de vouchers. 4. Canje e inscripción directamente en la blockchain principal (on-chain). 5. Custodia segura y obligaciones posteriores.–V. Marco civil y mercantil. VI. Regulaciónde prevención de blanqueo de capitales y obligaciones de identificación.–VII. Consecuencias fiscales: tributación y obligaciones informativas.–VIII. Tipología de eventuales infracciones penales, tributarias y administrativas. 1. Blanqueo de capitales en el ecosistema cripto: delito de blanqueo, prevención de blanqueo, vouchers, Travel Rule, AML y MiCA. 1.1 El tipo penal de blanqueo de capitales y su aplicación a operaciones con criptomonedas. 1.2 El tipo penal de blanqueo de capitales frente a las características técnicas de los criptoactivos. 1.3 Carencias del artículo 301 CP. 1.4 Propuestas de lege ferenda. 1.5 La Quinta Directiva 2018/843 antiblanqueo, el Reglamento MiCA y su impacto en el artículo 301 del Código Penal. 1.6 La Travel Rule y sus efectos en la aplicación del artículo 301 CP. 2. Delitos contra la Hacienda Pública. 3. Delitos por uso fraudulento de medios de pago. 4. Infracciones administrativas y tributarias.–IX. Derecho a la intimidad, protección de datos personales y operaciones con cupones sobre criptoactivos.–X. Consideraciones finales.–XI. Bibliografía.–XII. Jurisprudencia y resoluciones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La proliferación de criptomonedas, encabezadas por bitcoin, es una fuente constante de interrogantes en el plano jurídico y económico.

En particular, la posibilidad de adquirir bitcoin mediante *vouchers* prepagados y otros medios de pago no rastreables crea preocupación en ámbitos fiscales y penales debido a su anonimato. Las autoridades españolas y europeas han señalado expresamente que la economía digital y, en concreto, la operativa con criptoactivos, serán objeto de especial seguimiento. Esta atención responde al riesgo de blanqueo de capitales y evasión fiscal asociado a medios de pago opacos, así como a la falta de un marco normativo específico en etapas iniciales de la adopción de las criptodivisas –cosa que en la actualidad se ha solucionado con MiCA, las Directivas ATAD y el resto de legislación que regula el denominado ecosistema *cripto*–.

En este artículo se trata pormenorizadamente la cuestión de la compra de bitcoin utilizando medios de pago no rastreables –como cupones o tarjetas prepagadas adquiridas en efectivo–, analizando su operativa, el contexto tecnológico, el marco jurídico y las consecuencias en los órdenes penal, administrativo y tributario. Se seguirá una estructura sistemática: tras situar el contexto tecnológico y describir los medios de pago anónimos y el procedimiento paso a paso de adquisición, se estudiará el marco legal aplicable, la jurisprudencia relevante, así como aspectos de protección de datos y seguridad informática. Posteriormente, nos adentraremos en las tipologías de delitos e infracciones tributarias que pueden concurrir.

Asimismo, se considerará, como hemos señalado brevemente, el marco normativo europeo emergente y los desarrollos doctrinales recientes sobre la naturaleza jurídica de los criptoactivos. Con ello se pretende aportar una visión integral y fundamentada de esta cuestión, que se encuentra en un cruce de caminos entre la tecnología, el sector financiero y el derecho.

II. CONTEXTO TECNOLÓGICO

Comencemos describiendo brevemente la tecnología subyacente y la operativa típica de la adquisición de bitcoin, con énfasis en las modalidades que permiten cierto anonimato. Bitcoin es un activo digital descentralizado creado en 2008 por Satoshi Nakamoto (1), que

(1) El nacimiento de Bitcoin se sitúa el 31 de octubre de 2008, fecha en la que Satoshi Nakamoto publicó el *whitepaper* titulado «*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*» en la lista de correo de *cryptography* de *metzdowd.com*. Este documento sentó las bases teóricas y técnicas para el desarrollo de la primera criptomoneda descentralizada. Posteriormente, el 3 de enero de 2009, Nakamoto puso en marcha la red de Bitcoin al minar el bloque génesis, obteniendo una recompensa de 50 bitcoins.

opera sobre una red *blockchain* pública y distribuida. A diferencia del dinero de curso legal emitido por bancos centrales, bitcoin no está respaldado por ningún Estado ni depende de intermediarios financieros tradicionales para su funcionamiento. Las transacciones se validan mediante un protocolo criptográfico en una red *peer-to-peer*, quedando registradas de forma inmutable en la cadena de bloques. Esta tecnología permite transferencias directas de valor entre usuarios sin necesidad de una autoridad central, resolviendo el problema del doble gasto (2) mediante mecanismos de consenso descentralizados (3).

La forma convencional de adquirir bitcoin suele ser a través de plataformas de intercambio (*exchanges*) en línea, donde el usuario se registra y compra criptomoneda con moneda de curso legal mediante transferencias bancarias, tarjetas de crédito u otros medios de pago tradicionales. Tales plataformas suelen estar sujetas a regulaciones de prevención de blanqueo y requieren la identificación del cliente (procesos KYC, *Know Your Customer*) (4). Sin embargo, han surgido

---

Además, Satoshi protagonizó la primera transacción de la historia de Bitcoin al enviar 10 bitcoins a Hal Finney, un reconocido criptógrafo y desarrollador, el 12 de enero de 2009.

(2) Esta tecnología apuntaba en un primer momento como un medio de pago global con el que te «saltabas» en los pagos internacionales las cámaras de intercompesanción que te cobraban comisiones, así como cualquier otra comisión bancaria por gestión de pagos que te quisieran cobrar las entidades de crédito. Todo era ideología libertaria basada en trabajos del economista austriaco HAYEK. HAYEK, F. A., *La desnacionalización del dinero*, Unión Editorial, Madrid, 1983 (orig. 1976). [Consultado el 15 de octubre de 2025] en: https://archive.org/details/la-desnacionalizacion-del-dinero.

(3) Para garantizar la integridad del registro distribuido y evitar que un nodo malicioso modifique la cadena para adjudicarse fraudulentamente criptodivisas, el sistema *blockchain* recurre a un mecanismo de consenso distribuido que remite al denominado «problema de los generales bizantinos». Este dilema, formulado por Lamport, Shostak y Pease, plantea cómo alcanzar una decisión común entre múltiples participantes (generales) que no pueden confiar plenamente entre sí y cuya comunicación es indirecta y vulnerable a la traición. Aplicado al ámbito de las redes distribuidas, este problema refleja los desafíos de coordinar nodos que, sin conexión directa entre todos ellos y con la posibilidad de comportamiento malicioso, deben acordar la validez y secuencia de las transacciones. La blockchain aborda este reto mediante un sistema de votación basado en la potencia de cálculo (proof of work), de modo que la mayoría de la red determina qué versión de la cadena es la válida. Este mecanismo permite establecer una ordenación cronológica verificable de los bloques y asegura que cualquier intento de alteración maliciosa será rechazado por la red si no cuenta con la mayoría del poder computacional. LAMPORT, L.; SHOSTAK, R.; PEASE, M., «The Byzantine Generals Problem», *ACM Transactions on Programming Languages and Systems*, vol. 4, n.º 3, 1982, pp. 382-401.. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: http://research.microsoft.com/en-us/um/people/lamport /pubs/byz.pdf.

(4) Existen «exchanges» sin KYC, que destacan por ofrecer accesibilidad y anonimato. *KuCoin* permite operar con más de 850 criptomonedas y ofrece una experiencia intuitiva sin necesidad de verificación, aunque limita las retiradas a 2 bitcoines diarios. *MEXC*, con más de 2800 activos cripográficos, brinda opciones de apalancamiento

métodos alternativos para comprar bitcoin de forma más anónima, sin vincular la transacción a una cuenta bancaria personal. Entre estos están los cajeros automáticos de bitcoin (*BATMs*) que aceptan efectivo, las plataformas de intercambio P2P (*peer-to-peer*) donde compradores y vendedores conciertan operaciones directas, y el objeto principal de nuestro estudio: la compra mediante *vouchers* prepagados y otros medios de pago no rastreables.

Un *voucher* es un término de origen inglés que, aunque no forma parte del diccionario de la Real Academia Española (RAE) en su forma original, sí aparece como «váucher» en algunas ediciones. Se trata de un documento que acredita el pago de un producto o servicio y que puede intercambiarse por el bien o servicio adquirido o bien cederse a otra persona para que esta última lo utilice (5).

En esencia, estos *vouchers* o cupones prepagados son códigos o tarjetas adquiribles a cambio de efectivo u otros medios (6), que luego pueden canjearse por bitcoin en determinados servicios o plataformas (7). Por ejemplo, en España existen empresas que distribuyen cupones canjeables por criptomonedas en miles de puntos de venta, incluidas grandes cadenas comerciales. El usuario compra un cupón de, digamos, cien euros, pagando en efectivo en un comercio minorista y obtiene un código. Posteriormente, ingresa ese código en la web o aplicación del proveedor del cupón para recibir el equivalente en bitcoin en su monedero digital. Este sistema separa la fase de pago –que ocurre de forma presencial y anónima en la tienda– de la fase de entrega de la criptomoneda en línea.

La motivación tras estas opciones es, en muchos casos, mantener el anonimato y evitar la trazabilidad bancaria de la transacción. Algunos usuarios simplemente valoran su anonimato financiero por razones legítimas. No obstante, la naturaleza opaca de estos métodos

---

y permite retiradas de hasta 30 bitcoines diarios sin KYC. Por su parte, *BingX* combina funciones como el *copy trading* y *staking*, con un límite diario de 50.000 euros. *Margex* se especializa en futuros con apalancamiento sin requerir verificación, mientras que *Best Wallet* es un *wallet* y un *exchange* descentralizado sin registro obligatorio ni límite fijo.

(5) Véase la explicación de la Real Academia de la Lengua. Real Academia Española, Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, voz «váucher», s. f. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/v%C3%A1ucher.

(6) Generalmente en establecimientos físicos, desde estancos a centros comerciales, pero también en G2A, que es un mercado digital internacional con sede en los Países Bajos y sucursales en Polonia y Hong Kong. Estas platagormas (G2A, Eneba, Kinguin) permiten a los vendedores vender claves de juegos digitales e incluso perfiles con las licencias dentro, licencias de software, tarjetas de regalo y otros productos digitales.

(7) También en estos mercados citados se pueden adquirir *vouchers* o cupones de bitcoines u otras criptomonedas o bien se puede acudir a mercados más especializados que las intercambian directamente.

también resulta atractiva para quienes buscan ocultar la procedencia de fondos ilícitos o evadir obligaciones fiscales, lo cual ha encendido alarmas en materia de prevención de delitos financieros (8).

Es importante señalar que bitcoin, en sí mismo, ofrece pseudoanonimato (9). Por tanto, la combinación de bitcoin con métodos de pago no rastreables multiplica la dificultad de seguir el rastro del dinero: en primer lugar, la entrada de fondos al ecosistema cripto se hace sin dejar registro identificable; en segundo lugar, la posterior circulación de los bitcoines puede diluirse entre múltiples direcciones digitales. Esta realidad tecnológica plantea un problema a las autoridades, que han venido desarrollando herramientas de *blockchain analysis* para rastrear transacciones sospechosas, pero que encuentran serios obstáculos cuando las cadenas se inician con conversión de dinero en efectivo o valores al portador en criptomonedas (10).

Así las cosas, desde el punto de vista operativo, la adquisición de bitcoin mediante cupones prepagados implica: 1.º la existencia de un proveedor o plataforma que ofrezca ese servicio –muchas veces regulada como plataforma de compraventa de criptomonedas–, 2.º una red de distribución de cupones o tarjetas –puntos de venta físicos donde el usuario paga sin revelar su identidad–y 3.º un procedimiento técnico de canje en el cual el usuario proporciona una dirección de *wallet* –monedero digital– para recibir sus bitcoines. A continuación, analizaremos con más detalle qué se entiende por medios de pago no rastreables y cómo funciona el procedimiento paso a paso.

---

(8) Véase un análisis de los patrones y riesgos en el uso de criptodivisas en: BOE, Anuario de Derecho, 2022. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2022-10042100446#:~: text=haz%20de%20direcciones%20bitcoin%20determinado, y%20Europeo%2C%20Modus%20Operandi%20y

(9) Las direcciones de la red no llevan nombre personal, aunque las transacciones son públicas y es posible «reconstruir» la identidad indirectamente a partir de herramientas como «chainanalysis», que conectan todos los datos referidos a las transacciones –emails, ip, otras operaciones–.

(10) Las herramientas de análisis *blockchain* (*blockchain analysis tools*) son aplicaciones especializadas que permiten rastrear, visualizar y analizar transacciones realizadas en redes *blockchain* públicas. Su funcionamiento se basa en algoritmos que analizan los datos públicos de la cadena de bloques –como la cronología, cuantía y relaciones entre transacciones–, a menudo complementados con fuentes externas *off-chain* (por ejemplo, registros de *exchanges*, filtraciones o redes sociales) para inferir la identidad de los usuarios o la naturaleza de los fondos. Plataformas como *Chainalysis, Elliptic* o *TRM Labs* permiten establecer vínculos entre nodos y detectar operativas sospechosas, siendo utilizadas por cuerpos policiales para reforzar el cumplimiento de las normativas contra el blanqueo de capitales y la evasión tributaria.

III. LOS MEDIOS DE PAGO NO RASTREABLES O «UNTRACEABLES»

Bajo la expresión «medios de pago no rastreables» nos referimos a instrumentos de pago cuyo uso no deja fácilmente un rastro nominativo en el sistema financiero formal, dificultando la identificación del pagador. Tradicionalmente, el efectivo –dinero en metálico– ha sido el medio no rastreable por excelencia: los billetes permiten transacciones anónimas. En el contexto digital actual surgen también medios electrónicos anónimos, tales como tarjetas prepago anónimas, cupones o *vouchers* prepagados, monederos electrónicos de prepago e incluso ciertas criptomonedas enfocadas en el anonimato –por ejemplo, *Monero* o *Zcash*– cuando se usan para adquirir bitcoin en intercambios descentralizados.

El uso de efectivo en transacciones de cierto valor se ha visto restringido por normativas antiblanqueo. En España, para combatir el fraude, la Ley 11/2021 –de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal– redujo a mil euros el límite de pagos en efectivo en ciertas transacciones económicas entre empresarios o profesionales y particulares –antes situado en dos mil quinientos euros–. Aunque dicha limitación no impide al ciudadano común adquirir bienes con efectivo por encima de ese importe –salvo supuestos legales específicos–, sí refleja una política pública orientada a desalentar movimientos de capital opacos. A nivel de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2018/1672 regula el control de entrada y salida de efectivo en frontera, obligando a declarar cantidades de diez mil euros o superiores en efectivo o medios al portador al cruzar aduanas, y extendiendo el control a fondos no acompañados –enviados por mensajería, por ejemplo–, lo cual podría incluir instrumentos al portador distintos del efectivo tradicional (11). Estas medidas evidencian la preocupación por el carácter no rastreable del efectivo y medios similares.

Las tarjetas prepago –tipo monedero electrónico o *gift cards*– son instrumentos donde se carga un valor monetario que puede luego

(11) La normativa abarca no solamente el efectivo tradicional, sino también cheques al portador, valores negociables al portador y otros instrumentos financieros transferibles. Estos controles se extienden a envíos no acompañados realizados mediante servicios de mensajería o correspondencia postal, estableciendo un marco de supervisión integral que busca prevenir el uso de medios de pago no rastreables para actividades ilícitas. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/normativa-criterios-interpretativos/normativa-aduanera/particulares/medios-pago.html#:~: text=Medios%20de%20pago%20, de%20efectivo%20de%20la

gastarse sin vinculación directa a la identidad del usuario, al menos dentro de ciertos límites (12). La normativa europea ha ido estrechando el cerco sobre el anonimato en estas tarjetas: la Quinta Directiva contra el Blanqueo (UE) 2018/843 redujo el umbral de anonimato de doscientos cincuenta euros a ciento cincuenta euros para las tarjetas prepago (13), de modo que por encima de ese importe –o acumulados ciento cincuenta euros mensuales– se requiere la identificación del titular. Además, la misma directiva facultó a los Estados para prohibir en su territorio el uso de tarjetas prepago anónimas emitidas en otros países (14). España transpuso estas medidas mediante el Real Decreto-ley 7/2021, imponiendo controles adicionales en la emisión y uso de dinero electrónico anónimo. Por tanto, las tarjetas monedero anónimas solo pueden usarse legalmente para pagos de pequeña cuantía; en importes mayores, deben ser nominativas.

Los cupones prepagados específicamente diseñados para la compra de criptomonedas operan con una lógica similar: permiten comprar con efectivo un valor que luego se canjeará por bitcoin. Desde la perspectiva legal, estos cupones pueden considerarse una forma de dinero electrónico o de vale al portador. La Ley 21/2011, de dinero

(12) Las normas contra el lavado de dinero restringen las transacciones en efectivo estableciendo umbrales para límites fijos de transacción y límites fijos de transacción en efectivo, basados en indicadores macroeconómicos como el PIB per cápita, el salario promedio y la escala de la economía sumergida. TANYUSHCHEVA, N., «Parámetros cuantitativos de la regulación antiblanqueo de capitales», *Análisis Financiero: Ciencia y Experiencia*, vol. 25, n.º 4, 2020. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://doi.org/10.24891/df.25.4.416.

(13) Dentro de las principales modificaciones introducidas por la Quinta Directiva contra el Blanqueo de Capitales (Directiva (UE) 2018/843), que endureció significativamente los controles sobre instrumentos financieros prepago, tenemos la reducción del umbral de anonimato para tarjetas prepago desde los 250 euros establecidos en normativas anteriores hasta los 150 euros actuales. Esta medida forma parte de un paquete más amplio de reformas destinadas a cerrar las lagunas regulatorias que permitían el uso de estos instrumentos como vehículos para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La directiva establece que, por encima de este umbral reducido, los emisores de tarjetas prepago deben establecer procedimientos de debida diligencia del cliente y verificación de identidad, eliminando así el carácter anónimo que anteriormente caracterizaba a estos productos financieros en rangos de valor más elevados. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/preventing-abuse-of-the-financial-system-for-money-laundering-and-terrorism-purposes-until-2027.html?fromSummary=23#:~: text=lex, a%20las%20UIF%20obtener

(14) La directiva introduce además una facultad discrecional significativa para los Estados miembros, permitiéndoles prohibir completamente en su territorio nacional el uso de tarjetas prepago anónimas que hayan sido emitidas por entidades financieras de otros países. Esta busca otorgar a las autoridades nacionales las herramientas necesarias para mantener la integridad de sus sistemas de prevención del blanqueo de capitales, independientemente del país de emisión del instrumento financiero.

electrónico, define éste como un valor monetario almacenado por medios electrónicos, aceptado como medio de pago por terceros distintos del emisor. Si bien los cupones de criptomoneda son canjeables únicamente en plataformas concretas, su funcionamiento guarda analogía con el dinero electrónico en cuanto almacenan un valor pagado previamente. La Ley 21/2011 y su normativa de desarrollo establecen obligaciones para los emisores de dinero electrónico, incluyendo registro y medidas contra el anonimato más allá de umbrales reducidos –por ejemplo, identificación obligatoria para recargas o pagos que superen los límites marcados en la normativa de prevención de blanqueo–.

En la práctica, los medios de pago no rastreables más empleados para acceder a bitcoin son: 1.º el efectivo –por vía de cajeros BTC o compra de cupones con cash–, 2.º las tarjetas de regalo o códigos de plataformas –algunas webs permiten comprar bitcoin entregando códigos de tarjetas regalo de grandes comercios, una modalidad P2P donde el origen del código es difícil de trazar–, y 3.º las tarjetas prepago de circuito abierto –tipo Visa o Mastercard, recargables– adquiridas anónimamente, que luego se usan en *exchanges*. Este último caso, sin embargo, está siendo cada vez más restringido por las políticas KYC de los *exchanges*: la mera posesión de una tarjeta no nominativa ya no garantiza anonimato si la plataforma cripto exige verificar la identidad al usarla.

Es relevante destacar que el concepto jurídico de «medios de pago» se ha actualizado. La Directiva (UE) 2019/713, relativa a la lucha contra el fraude con medios de pago distintos del efectivo, menciona expresamente instrumentos de pago electrónicos y los Estados miembros –incluido España, mediante LO 11/2022– han adaptado el Código Penal para incluir delitos de tenencia o tráfico ilícito de instrumentos de pago telemáticos. Si bien esa normativa se centra en la falsificación o uso fraudulento de tarjetas y similares, demuestra cómo la ley reconoce hoy una amplia gama de instrumentos monetarios no físicos. Incluso las criptomonedas han empezado a ser contempladas en definiciones legales: por ejemplo, la Directiva (UE) 2015/849 –4.ª Directiva AML– introdujo el término moneda virtual definiéndola como representación digital de valor no emitida por banco central, aceptada como medio de cambio por personas físicas o jurídicas. Más recientemente, la propuesta de Reglamento MiCA evita llamarlas «monedas» y opta por criptoactivos, subrayando que no tienen curso legal como la moneda de curso forzoso.

Por tanto, se consideran medios de pago no rastreables aquellos instrumentos que permiten «mover» un valor con escasa o nula información identificativa asociada. En el contexto de la adquisición de bitcoin, los protagonistas son el efectivo y las tarjetas y vales prepagados adquiridos con efectivo. Jurídicamente, el efectivo está sometido a limitaciones de uso y control en frontera, mientras que los vales y tarjetas prepagadas están sujetos a normativa de dinero electrónico y prevención de blanqueo que impone umbrales de anonimato bajos –ciento cincuenta euros– (15). Superados dichos umbrales, los emisores tienen la obligación legal de registrar la identidad del cliente y las operaciones, diluyendo así su carácter «no rastreable» (16).

IV. PROCEDIMIENTO DE ADQUISICIÓN DE BITCOIN A PARTIR DE METÁLICO COMPRANDO TARJETAS PREPAGADAS Y ADQUIRIR «VOUCHERS» O BITCOIN DIRECTAMENTE EN UN P2P O EN UN EXCHANGE SIN KYC

A continuación, estudiaremos con detalle el procedimiento típico para adquirir bitcoin con metálico mediante un *voucher* prepagado,

(15) La elección específica de ciento cincuenta euros como umbral no está documentada de manera explícita en cuanto a los cálculos precisos que llevaron a esa cifra exacta, pero el contexto normativo permite entender el razonamiento detrás de esta decisión. La Quinta Directiva contra el Blanqueo redujo el umbral desde los doscientos cincuenta euros anteriores hasta los ciento cincuenta euros actuales en respuesta directa a los ataques terroristas de París (noviembre 2015) y Bruselas (marzo 2016), donde supuestamente se utilizaron tarjetas prepago anónimas en la preparación de los ataques. El umbral de ciento cincuenta euros suponemos que representa un equilibrio calculado entre varios factores que la Comisión Europea consideró esenciales para el diseño de la normativa. Por un lado, buscaban mantener la utilidad de estos instrumentos para productos de dinero electrónico que presentan un bajo riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, permitiendo que las transacciones cotidianas de menor valor siguieran siendo posibles sin identificación y preservando así la funcionalidad legítima de estos medios de pago. Simultáneamente, intentaban reducir el riesgo de que los instrumentos prepago anónimos fueran utilizados para fines ilícitos, logrando una reducción del cuarenta por ciento respecto al umbral anterior de doscientos cincuenta euros. La normativa también estableció una gradación por tipo de transacción, fijando el umbral en cincuenta euros para operaciones *online* con tarjetas prepago, reconociendo el riesgo inherente a las transacciones remotas. Finalmente, la cifra refleja un intento de armonización con estándares internacionales de prevención del blanqueo, considerando las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional y buscando coherencia con las mejores prácticas regulatorias a nivel global.

(16) Tienen la obligación, si están sometidos a una jurisdicción que la exige, habría que puntualizar.

ilustrando las etapas y señalando en qué puntos inciden las obligaciones legales.

1. **Adquisición inicial de la tarjeta prepago**

El proceso comienza con la compra física de tarjetas prepago, principalmente *Paysafecard* o *Neosurf*, en establecimientos autorizados, tales como estancos, gasolineras, supermercados o grandes superficies (17). Dicha adquisición puede realizarse directamente en efectivo, sin necesidad de aportar identificación personal, siempre que los importes sean inferiores a ciertos umbrales –habitualmente entre 50 euros y 100 euros, pero el límite es de 150 euros–. Estas tarjetas poseen códigos numéricos únicos no vinculados a cuentas bancarias ni registros personales, lo que preserva inicialmente el anonimato del comprador frente a terceros.

Desde una perspectiva doctrinal, este método de adquisición constituye una operativa técnica legítima, aunque conlleva ciertos riesgos derivados de su posible uso para ocultar fondos ilícitos, situación regulada bajo la doctrina penal de los «actos neutrales» (18). La jurisprudencia recalca la importancia de la responsabilidad

(17) También es posible su adquisición en la web, con el límite que hemos señalado en el anterior píe de página, en *markets* como G2A o Eneba, porque, simplemente, esa tarjeta prepago tiene un código y este puede adquirirse en internet. Eso sí, en ese caso no se puede utilizar metálico por razones obvias.

(18) El artículo 301 del Código Penal español establece la tipificación del delito de blanqueo de capitales, sancionando a quien adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva. La norma extiende igualmente la punibilidad a quien realice cualquier acto destinado a ocultar el origen ilícito de dichos bienes o a ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, número 109/2020, constituye un pronunciamiento especialmente relevante en la delimitación de la responsabilidad penal en el contexto del blanqueo de capitales. Esta resolución aborda de manera específica el problema de cuándo una conducta aparentemente lícita puede adquirir relevancia penal si contribuye de forma consciente al delito cometido por un tercero. La jurisprudencia ha desarrollado progresivamente el concepto de actos «neutros», estableciendo que no resulta suficiente que una conducta sea objetivamente útil para la comisión del delito de blanqueo. El elemento determinante radica en la concurrencia del dolo, entendido como el conocimiento y la voluntad deliberada de colaborar en la actividad delictiva. Los denominados «actos neutrales», tales como la prestación de servicios profesionales o la realización de operaciones financieras, no constituyen conductas punibles cuando se ejecutan sin conocimiento del delito subyacente. Esta interpretación responde al principio fundamental de que la responsabilidad penal requiere necesariamente la concurrencia de elementos subjetivos que acrediten la intención delictiva. Sobre la doctrina jurisprudencial de los actos neutrales véase: SAP Barcelona, Secc. 3.ª, núm. 109/2020.

indirecta de los operadores en la prevención del blanqueo, aun cuando las tecnologías y procedimientos utilizados sean legales (19).

2. **Adquisición directa en *exchanges* o plataformas P2P**

Una alternativa técnica al uso de *vouchers* específicos consiste en utilizar directamente los códigos obtenidos de las tarjetas prepago –*Paysafecard*, *Neosurf*, *Flexepin*, entre otras– para comprar bitcoin en *exchanges* o plataformas peer-to-peer (P2P), como *LocalBitcoins*, *Paxful*, *Hodl*, o *exchanges* centralizados que acepten pagos mediante estos métodos (20). Esta operativa implica seleccionar un vendedor o plataforma que acepte la tarjeta prepaga, introducir directamente el código, y recibir posteriormente bitcoin en una dirección personal proporcionada por el comprador.

Desde el punto de vista doctrinal, esta opción presenta particularidades jurídicas relevantes, dado que elimina la intermediación de *vouchers* específicos y facilita la transferencia directa del activo virtual. Esta modalidad de compra debe considerarse a la luz del régimen jurídico establecido por la Ley 10/2010 y el reciente Reglamento MiCA, ya que los *exchanges* o las plataformas P2P pueden requerir distintos grados de identificación personal (*Know Your Customer* – KYC), especialmente cuando los importes superan ciertos límites operativos o regulatorios.

3. **Compra *online* de *vouchers***

El segundo paso consiste en utilizar la tarjeta adquirida (*Paysafecard* o *Neosurf*) para comprar un *voucher* específico canjeable directamente por bitcoin en plataformas especializadas como *Azteco*, *Kinguin* o *Coincards*. El usuario introduce el código numérico de la tarjeta prepago en la plataforma escogida, obteniendo así otro código

(19) En este sentido tenemos la SAP Asturias 37/2015, 6 de febrero de 2015. Sección Cuarta. Rollo: Recurso de Apelación 27/15. La Audiencia analizó el conflicto entre la empresa *Meetpays* S. L. y la entidad Caja Laboral Popular, que se negó a activar un TPV virtual para operaciones con bitcoines, alegando que no podía garantizar el cumplimiento de las medidas de diligencia debida exigidas por la Ley 10/2010. Aunque el contrato entre ambas partes era legal, el tribunal valoró que el uso de tecnologías como las criptomonedas –por su carácter anónimo y descentralizado– implica un riesgo elevado de blanqueo, lo que justifica una actitud especialmente cautelosa por parte de las entidades financieras.

(20) Por ejemplo, en los grandes *exchanges* como *Binance*, mediante plataformas intermedias.

específico que permite el acceso inmediato a una cantidad predeterminada de bitcoin. Este procedimiento se realiza generalmente sin que se requiera identificación personal en esta fase, lo que mantiene todavía cierto nivel de anonimato en la transacción (21).

4. **Canje e inscripción directamente en la *blockchain* principal *(on-chain)***

El tercer paso técnico consiste en el canje del *voucher* adquirido directamente por bitcoin en la *blockchain* principal (*on-chain*), prescindiendo así de redes intermedias. Para ello, el usuario debe acceder a la plataforma emisora del *voucher* –por ejemplo, Azteco.com– e introducir el código proporcionado junto con una dirección bitcoin generada previamente desde su *wallet* personal, preferentemente una cartera segura de tipo hardware (*Trezor, Ledger*) o una cartera no custodiada (*Electrum, Sparrow*). Una vez verificado el *voucher*, los fondos se envían directamente desde la plataforma a la dirección indicada, generando inmediatamente una transacción pública e irreversible registrada en la *blockchain* principal (22).

Desde la óptica doctrinal, este procedimiento elimina posibles vectores de exposición derivados del uso de redes secundarias, como la red *Lightning* (23). No obstante, incrementa la trazabilidad directa del movimiento, puesto que cada transacción queda registrada en la *blockchain* pública, visible para autoridades fiscales y entidades de

(21) Cabe señalar que algunas plataformas internacionalmente han ofrecido el canje de cupones sin identificación para importes bajos, aprovechando vacíos regulatorios o ubicaciones *off-shore*. No obstante, la tendencia normativa actual es cerrar esas brechas. Por ejemplo, Directiva (UE) 2018/843 incluyó a las plataformas de cambio de criptomonedas y proveedores de monederos custodios entre los «sujetos obligados» por la normativa antiblanqueo, lo que en España se tradujo en la obligación de registro ante el Banco de España y cumplimiento de KYC incluso para negocios de compraventa de cripto. En consecuencia, operadores serios de cupones como *Bitnovo* han debido utilizar procedimientos de identificación, contrariamente a la creencia de que esos cupones garantizan anonimato absoluto.

(22) Resulta especialmente interesante en esta materia el artículo de *ZenLedger*, «Cómo comprar bitcoin con tarjetas prepago en 5 pasos». [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://zenledger.io/es/blog/how-to-buy-bitcoin-with-prepaid-cards

(23) La red *lightning* es una solución de segunda capa construida sobre la *blockchain* de bitcoin que permite realizar transacciones rápidas y económicas. Fue diseñada para resolver los problemas de escalabilidad de bitcoin, como la lentitud y las comisiones altas de las transacciones en la red principal.

supervisión financiera (24). Esta característica se alinea con el marco de transparencia exigido por la regulación europea y española, particularmente en lo que se refiere a prevención del blanqueo de capitales, cumplimiento de obligaciones fiscales y modelos informativos –721, 172, 173–.

5. **Custodia segura y obligaciones posteriores**

Finalmente, tanto si el proceso se inicia en plataformas *exchanges*, mercados P2P o *vouchers* específicos, la etapa última y esencial para la custodia implica el envío directo de los fondos a una dirección bitcoin (*on-chain*). Esta transferencia implica una transacción irreversible que queda registrada permanentemente en la *blockchain*

(24) Ahora bien, el uso combinado de herramientas tecnológicas como las redes privadas virtuales (VPN) y el navegador Tor resulta útil para mejorar significativamente el anonimato del usuario durante la adquisición y el uso de criptomonedas. Sin embargo, estas medidas por sí solas no garantizan una protección absoluta frente a las técnicas avanzadas empleadas por empresas especializadas en análisis de *blockchain*, tales como *Chainalysis*, *Elliptic* o *TRM Labs*. Estas compañías aplican diversas metodologías complejas que exceden la mera identificación de direcciones IP. Entre ellas destacan: el análisis heurístico, que permite identificar patrones recurrentes en las transacciones para agrupar direcciones aparentemente no relacionadas; el análisis de agrupamiento o *clustering*, que facilita asociar diferentes direcciones utilizadas por un mismo individuo o entidad a través de patrones de comportamiento en la *blockchain*; y la colaboración activa con *exchanges* centralizados que aplican procedimientos KYC (*Know Your Customer*), permitiendo así la vinculación directa de la identidad del usuario con sus activos digitales. En este contexto, aunque la VPN ayuda a ocultar la dirección IP real del usuario al mostrar únicamente la dirección del servidor VPN y el navegador Tor proporciona múltiples capas de cifrado para evitar el rastreo inmediato, ambas herramientas presentan limitaciones. Por ejemplo, al utilizar *exchanges* centralizados que requieren la identificación personal (KYC), inevitablemente se crea un nexo identificable entre la identidad del usuario y sus criptomonedas. Asimismo, las empresas de análisis *blockchain* se apoyan en patrones transaccionales que trascienden la simple ocultación de la dirección IP, por lo que una única transacción no anónima puede comprometer toda la estrategia. Por lo tanto, una estrategia integral de anonimato frente a herramientas avanzadas como las utilizadas por *Chainalysis* y similares requiere el empleo simultáneo de múltiples capas. Entre las «soluciones» se encuentran la utilización exclusiva de plataformas descentralizadas (DEX) o servicios *peer-to-peer* (P2P) que no exigen KYC, el uso de técnicas avanzadas de mezcla de criptomonedas (*CoinJoin* o *mixers* o *tumblers* como *Samourai Wallet* o *Wasabi Wallet*), la adquisición inicial de criptomonedas a través de métodos menos rastreables (como *vouchers* físicos adquiridos en efectivo), así como el empleo sistemático de monederos jerárquicos (HD), generando nuevas direcciones para dificultar la agrupación y rastreo y también los novedosos *atomic swaps (*intercambios automáticos entre distintas *blockchains)* combinados con *zero-knowledge proofs (*protocolo criptográfico que permite a una persona demostrar que conoce cierta información sin revelar cuál es esa información*)*.

pública. El registro en la *blockchain* principal permite la trazabilidad si se disponen de las herramientas adecuadas.

En definitiva, este procedimiento técnico detallado no solo es viable desde un punto de vista operativo, sino que también cumple plenamente con las normativas en vigor, siempre que el usuario observe de manera estricta las obligaciones derivadas de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y la normativa tributaria española aplicable.

Por tanto, el procedimiento técnico-operativo para adquirir bitcoin con medios no rastreables constaría de: compra anónima de un valor (cupón) con efectivo, interacción en línea para canjear ese valor por bitcoin y recepción de los bitcoines en un *wallet* del usuario. Cada una de estas etapas tiene implicaciones legales: desde el límite al anonimato en la fase de compra del cupón y las responsabilidades fiscales posteriores por tenencia o ganancia patrimonial. En los epígrafes siguientes profundizaremos en dichas implicaciones.

V. MARCO CIVIL Y MERCANTIL

Aunque este sea un asunto bastante manido, hay que reseñar que bitcoin carece de consideración de moneda de curso legal. El Tribunal Supremo, en su primera sentencia sobre criptomonedas (25), fue taxativo al afirmar que «el bitcoin no tiene la consideración legal de dinero». En dicha resolución penal, el Alto Tribunal caracterizó a bitcoin como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio, confirmando que no es moneda de curso forzoso ni dinero electrónico en los términos de la Ley 21/2011. Esta definición jurisprudencial se alinea con la postura del Banco Central Europeo y otras instituciones, que han señalado que las criptomonedas no son dinero desde una perspectiva legal, aunque voluntariamente puedan ser aceptadas como medio de pago entre partes. En esencia, para el derecho español vigente, bitcoin es un bien mueble inmaterial, susceptible de propiedad y de tráfico jurídico, pero no dinero ni valor mobiliario formal.

Esta calificación tiene consecuencias importantes: por ejemplo, la transmisión de bitcoines se rige supletoriamente por las normas civiles o mercantiles generales de transmisión de bienes. No siendo valores

(25) Miras Marín, N., «La determinación de la naturaleza jurídica del bitcoin a la luz de la reciente sentencia 326/2019 del Tribunal Supremo», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n.º 51, 2019.

negociables ni instrumentos financieros regulados (26), la compraventa de bitcoines es un contrato atípico pero lícito, de objeto no prohibido (27). Asimismo, bitcoin está excluido del ámbito de protección de los sistemas financieros regulados (28).

A nivel europeo, el recientemente aprobado Reglamento (UE) 2023/1114 (MiCA), relativo a los mercados de criptoactivos, define y regula estos activos de manera uniforme. MiCA clasifica los criptoactivos en tres grandes categorías, *tokens* referenciados a activos, *tokens* de dinero electrónico –asimilables a *stablecoins*–, y otros criptoactivos– y establece requisitos de transparencia en su emisión, así como la obligación de autorización para los proveedores de servicios de criptoactivos (CASPs) (29). Aunque MiCA no convierte a los criptoactivos en moneda de curso legal ni instrumento financiero clásico, sí les reconoce explícitamente un estatus dentro del mercado interior, aportando certeza jurídica sobre su naturaleza: son representaciones digitales de valor o de derechos que pueden ser transferidas y almacenadas electrónicamente, pero que no han sido emitidas ni garantizadas por bancos centrales ni necesariamente vinculadas a moneda fiat. Por tanto, tras la plena aplicación de MiCA, la actividad de compraventa de bitcoin quedó sujeta a este marco, especialmente en lo que respecta a las obligaciones de las empresas que ofrezcan estos servicios –registro, capital mínimo, protección al cliente, por ejemplo (30)–.

---

(26) No encajan en las categorías de la Ley del Mercado de Valores.

(27) La sentencia del Tribunal Supremo confirmó la licitud de vender bitcoines, pero juzgaba una estafa en ese caso.

(28) No hay Fondo de Garantía de Depósitos que cubra su pérdida, por ejemplo, al no ser depósito bancario; ni está sujeto a supervisión de la CNMV salvo que se instrumente en productos financieros derivados.

(29) La normativa contiene diez categorías principales de servicios: custodia y administración de criptoactivos en nombre de clientes, gestión de plataformas de trading, intercambio de criptoactivos por fondos fiduciarios, intercambio entre diferentes criptoactivos, ejecución de órdenes, colocación de criptoactivos, recepción y transmisión de órdenes, asesoramiento sobre criptoactivos, gestión de carteras de criptoactivos, y provisión de servicios de transferencia. Esta cobertura abarca prácticamente todas las actividades comerciales significativas en el ecosistema de activos digitales. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/european-crypto-assets-regulation-mica.html#:~: text=El%20Reglamento%20%20, proveedores%20de%20servicios%20de%20criptoactivos

(30) La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) es la autoridad supervisora española documenta la implementación nacional del Reglamento MiCA y sus implicaciones específicas para el mercado español de criptoactivos. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://www.cnmv.es/portal/mica/regulacion-criptoactivos?lang=es#:~: text=, y%20completa%20mediante%20libros%20blancos.

En suma, desde el punto de vista jurídico sustantivo, bitcoin es un objeto de propiedad privada, no dinero ni valor regulado, cuyo comercio cae en la esfera de la autonomía de la voluntad. Esta caracterización influye en el tratamiento fiscal: las operaciones con bitcoin no se benefician de exenciones o tratamientos monetarios salvo lo específicamente dispuesto en materia de IVA (vid infra) y su tenencia se equipara a la de otros bienes patrimoniales (31).

VI. REGULACIÓN DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y OBLIGACIONES DE IDENTIFICACIÓN

El eje central del marco jurídico que incide en la compra de bitcoin con medios opacos es la normativa de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo (PBC/FT). En España, la Ley 10/2010, de 28 de abril, junto con su Reglamento, establecen las medidas de diligencia debida, control interno y comunicación de operaciones sospechosas para los llamados sujetos obligados –entidades financieras, notarios, casinos, profesionales, entre otros–. Hasta hace pocos años, las actividades de intercambio de criptomonedas no figuraban entre dichos sujetos obligados, creando un vacío normativo (32). Esto cambió a raíz de la adaptación del marco europeo: la Directiva (UE) 2018/843 (5.ª Directiva AML) amplió el alcance a los «proveedores de servicios de cambio entre monedas virtuales y moneda fiduciaria» y a los proveedores de monederos de custodia. España transpuso esta directiva mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que modificó la Ley 10/2010, incluyendo expresamente a dichos operadores cripto como sujetos obligados. Consecuentemente, desde abril de 2021, cualquier empresa o persona física que ofrezca en España servicios de cambio de criptomonedas por dinero tradicional, o que

(31) Wang ha propuesto la adopción de un régimen simplificado para la tributación de las criptomonedas, basado en su consideración como una clase específica de activos digitales con reglas propias y estandarizadas, que eviten las fricciones interpretativas del sistema actual. WANG, J., «A Simplified Tax Regime for Taxing Cryptocurrencies», *Intertax*, vol. 53, n.º 3, 2025.

(32) En 2015 las autoridades españolas reconocían expresamente que las operaciones de compraventa de bitcoines no se encontraban contempladas dentro del catálogo de actividades sujetas a las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales establecidas en el artículo 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril. Esta laguna regulatoria permitía que los intercambios de criptomonedas operaran sin estar sometidos a los controles, procedimientos de diligencia debida y obligaciones de información de operaciones sospechosas que sí aplicaban a las entidades financieras tradicionales y otros sujetos obligados.

custodie criptodivisas de clientes, debe cumplir las obligaciones PBC/FT(33).

Además, el RDL 7/2021 impuso la creación de un Registro de Proveedores de Servicios de Criptoactivos en el Banco de España, en el que deben inscribirse tales entidades para poder operar legalmente. Esto fue implementado y actualmente decenas de plataformas han sido registradas tras acreditar procedimientos de prevención de blanqueo. De hecho, se otorgó un plazo –9 meses desde la norma– para que los *exchanges* se apuntasen en dicho registro so pena de no poder continuar su actividad legalmente. Junto a ello, la Ley 10/2010 exige que tales compañías designen un representante ante el SEPBLAC y apliquen todas las medidas de diligencia debida como cualquier entidad financiera.

El marco normativo ha avanzado hacia la inclusión explícita de los proveedores de servicios de criptomonedas como sujetos obligados en la lucha contra el blanqueo. López Martínez expone que, desde 2021, tanto los intercambios cripto-fiduciarios como los custodios de monederos están legalmente obligados a aplicar medidas de diligencia debida, lo que implica una «ruptura del modelo inicial de anonimato absoluto que se atribuía a los criptoactivos»(34). Esta evolución normativa permite interpretar que los *vouchers* prepagados para adquirir bitcoin podrían estar sometidos a regulación indirecta si se conectan con plataformas obligadas.

Esta normativa implica que los proveedores de cupones prepagados para bitcoin, en la medida en que son intermediarios de cambio, son sujetos obligados dentro del marco de Prevención del Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo. Por tanto, están compelidos por ley a identificar a sus clientes cuando concurran las circunstancias

(33) Es curioso que se siga omitiendo otro tipo de criptoactivos que pueden ser depósito de valor como los NFT. Fetsyak Senkiv ha advertido sobre el uso de tokens no fungibles (NFT) como vectores tecnológicos para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En su estudio publicado en REDUR, destaca que el pseudoanonimato de estos activos, unido a su creciente popularidad en mercados opacos, genera nuevos escenarios de riesgo que escapan parcialmente al radar de la legislación vigente, más centrada en criptomonedas tradicionales. Fetsyak Senkiv, I., «Consideraciones sobre la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo mediante los tokens no fungibles (NFT)», *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* (REDUR), n.º 20, 2022, pp. 91-103.

(34) López Martínez, M., Situación de la regulación de la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo en el marco de los criptoactivos, *Instituto de Estudios Financieros*, 2023. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://www.iefweb.org/publicacio_odf/situacion-de-la-regulacion-de-la-prevencion-del-blanqueo-de-capitales-y-de-la-financiacion-del-terrorismo-en-el-marco-de-los-criptoactivos/

establecidas –lo cual abarca prácticamente cualquier canje de cupón, salvo quizá importes ínfimos, ya que la normativa antiblanqueo exige identificación no solo en relaciones de negocio continuadas sino también en operaciones ocasionales por importe superior a 1.000 euros en efectivo, umbral ampliamente superado en la mayoría de compras de cripto relevantes, e incluso inferiores si hay indicios de fraccionamiento– (35).

Otro elemento relevante es la Directiva (UE) 2018/1673, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal. Esta directiva –transpuesta tardíamente por España a través de la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril– no impone obligaciones a particulares directamente, pero armoniza la tipificación penal del blanqueo. Incluye, entre otras cosas, que los Estados deben reconocer como delitos precedentes del blanqueo a los delitos fiscales –directos e indirectos– (36), y que deben sancionar el *autoblanqueo* –la directiva insta a castigar también el blanqueo realizado por quien generó el dinero ilícito, figura que España ya contemplaba pero que se reforzó–. La Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria al RDL 7/2021, en la reforma del Código Penal al modificar los artículos 301 y 302 CP introduciendo, entre otras novedades, nuevas circunstancias agravantes para el delito de blanqueo de capitales. En concreto, se elevan las penas si: (a) el dinero blanqueado proviene de determinados delitos especialmente graves o, (b) si el autor del blanqueo es sujeto obligado por la normativa de prevención de blanqueo. Esta segunda agravante resulta directamente aplicable a entidades que manejan criptomonedas: si, por ejemplo, directivos de una plataforma de compraventa de bitcoines facilitan dolosamente operaciones de lavado, al ser sujetos obligados –por Ley 10/2010– enfrentarán penas agravadas –prisión de 3 años y 3 meses hasta 6 años, según la reforma–. Es una advertencia del legislador a las empresas que tratan criptoactivos y que no cumplan y no sigan las directrices anti-blanqueo de que recibirán un castigo severo.

---

(35) Así se explica, por ejemplo, la política de Bitnovo de requerir verificación al canjear cupones: el proveedor se blinda ante la ley. Cualquier proveedor que anunciase anonimato total estaría navegando en la ilegalidad o aprovechando resquicios (por ejemplo, alegar que la obligación formal de KYC es a partir de mil euros en una sola operación, lo cual podría permitir canjes anónimos menos de mil euros; pero, aun así, la vigilancia de operaciones fraccionadas lo desaconseja, pues la Ley 10/2010 artículo 2.2 obliga a sumar operaciones fragmentadas). [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://www.bitnovo.com/comprar/efectivo/#:~: text=Reg%C3%ADstrate%20si%20eres%20nuevo

(36) [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-81801#:~: text=

En paralelo, la Unión Europea continuó ampliando el marco normativo con el Reglamento (UE) 2023/1113, conocido como Reglamento de Transferencia de Fondos, que extiende la «travel rule» a las transferencias de criptoactivos. A partir de finales de 2024, los proveedores de servicios sobre criptoactivos deben acompañar las transferencias de criptoactivos con información sobre el ordenante y el beneficiario, para asegurar la trazabilidad e identificar posibles operaciones sospechosas (37). Esto significa que incluso los movimientos entre *exchanges* o entre un *exchange* y un *wallet* privado no quedarán totalmente fuera del radar. Así, cuando un usuario envíe bitcoines desde un *exchange* regulado a una *wallet*, el *exchange* deberá registrar a qué cliente pertenecía esa *wallet* y lo mismo al recibir. También con el Reglamento (UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, aplicable a partir del 10 de julio de 2027, se amplía el marco. Este instrumento normativo establece un régimen considerablemente más estricto para los criptoactivos, incluyendo la obligación de que los empleados de entidades obligadas, incluidos agentes y distribuidores, participen en cursos especiales de formación continua específicos para reconocer operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (38).

---

(37) Aunque trataremos con profusión estos asuntos en el epígrafe correspondiente al delito de blanqueo de capitales debemos adelantar que el reglamento introduce la obligación para los proveedores de servicios de criptoactivos de acompañar todas las transferencias con información completa sobre el ordenante y el beneficiario, incluyendo datos de identificación, direcciones y números de cuenta o cartera digital. La normativa elimina prácticamente los umbrales mínimos que anteriormente permitían transferencias anónimas de pequeñas cantidades, estableciendo que incluso las operaciones de valor reducido deben incluir información de trazabilidad. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/LSU/?uri=oj: JOL_2023_150_R_0001#:~:text=Garantiza%20la%20trazabilidad%20de%20las, Aplica%20normas

(38) Aunque no se queda en eso en el ámbito de los criptoactivos, el Reglamento (UE) 2024/1624 (AML) integra plenamente a los crypto-asset service providers (CASP) como sujetos obligados en la prevención del blanqueo y la financiación del terrorismo; prohíbe la tenencia y apertura de cuentas cripto anónimas y el uso de mecanismos de anonimización (incluidas monedas con funciones de anonimización) por entidades financieras y CASP; exige KYC en operaciones ocasionales de más de mil euros; obliga a informar de transferencias con carteras autocustodiadas (self-hosted wallets), sin prohibirlas; establece medidas reforzadas para las operaciones transfronterizas entre CASP; y se coordina con la «travel rule» del Reglamento (UE) 2023/1113.

VII. CONSECUENCIAS FISCALES: TRIBUTACIÓN Y OBLIGACIONES INFORMATIVAS

Desde el punto de vista tributario, la adquisición de bitcoin con *vouchers* prepagados tiene implicaciones en impuestos y declaraciones. Podemos distinguir en: imposición indirecta (IVA) (39), imposición directa –IRPF e Impuesto sobre el Patrimonio– y obligaciones informativas especiales sobre criptoactivos.

Respecto al IVA, en la UE, las operaciones de cambio de moneda tradicional por criptomoneda –y viceversa– están exentas de IVA al equipararse a prestaciones financieras relativas a medios de pago. Esta doctrina emana de la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 (asunto Hedqvist), que interpretó que el bitcoin, careciendo de otro fin que el de ser medio de pago entre particulares, debía recibir el mismo tratamiento fiscal que las divisas tradicionales a efectos de IVA (40). España asumió dicho criterio: la Dirección General de Tributos ha confirmado que la compra-venta de criptomonedas contra euros está exenta de IVA por aplicación del artículo 20. Uno.18.º de la Ley del IVA –que exime las operaciones relativas a «divisas, billetes de banco y monedas que sean medio legal de pago», interpretación extensiva por mandato del TJUE– (41). Por tanto, cuando un usuario adquiere bitcoin a través de un cupón, no se devenga IVA sobre el valor del bitcoin en sí. Únicamente, si el intermediario cobra una comisión explícita, cabría analizar si esa comisión forma parte de la operación exenta –comisión de cambio de divisas, exenta también– o si es un servicio aparte; la postura común es considerarla parte de la operación financiera exenta. En la práctica, esto significa que el precio que paga

(39) Tal como ha señalado Capaccioli, el tratamiento del IVA respecto al bitcoin como medio de pago generó un intenso debate doctrinal, dado que su naturaleza jurídica escapa a las categorías tradicionales del Derecho tributario, oscilando entre la asimilación a moneda y la calificación como activo financiero, con efectos dispares en la imposición indirecta. Capaccioli, S., «VAT & BITCOIN», EC Tax Review, vol. 23, n.º 6, 2014.

(40) El tribunal fundamentó su razonamiento en que Bitcoin, al carecer de finalidad distinta a la de servir como medio de pago entre particulares, cumple las características esenciales de un instrumento monetario y, por tanto, debe beneficiarse de la misma exención aplicable a las operaciones de cambio de divisas bajo el artículo 135.1.e) de la Directiva 2006/112/CE del IVA. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2022-10042100446#:~: text=distinta%20de%20la%20de%20ser, relativa%20a%20la%20protec%02ci%C3%B3n%20penal.

(41) A mayor abundamiento en el régimen tributario: Miras Marín, N., «El régimen jurídico-tributario del bitcóin», Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, n.º 406, 2017, pp. 101-136.

el usuario –por ejemplo, 200 euros por el cupón– no lleva IVA, ni se podrá deducir nada tampoco (42).

En sede del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la mera adquisición de bitcoin no es un hecho imponible en IRPF (no es un ingreso ni una ganancia en ese momento, sino una mera trasformación de un activo –dinero– en otro –criptomoneda– al mismo valor). Sin embargo, las posteriores variaciones patrimoniales que se produzcan con los criptoactivos sí tributarán. España, a falta de legislación específica, aplica las reglas generales de ganancias y pérdidas patrimoniales. Según reiteradas resoluciones a consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos, la venta de criptomoneda a cambio de euros genera una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición. Incluso la permuta de una criptomoneda por otra distinta constituye un hecho imponible: se considera que se enajena un elemento patrimonial –la primera criptomoneda– por el valor de mercado de lo que se recibe –la segunda criptomoneda–, surgiendo ganancia o pérdida que debe integrarse en la base del ahorro. Esto implica que, aunque alguien nunca vuelva a convertir sus bitcoines a euros, si los intercambia por otros tokens o los utiliza para comprar bienes, está realizando hechos imponibles sujetos a IRPF.

En la gestión de estas ganancias, Hacienda exige una trazabilidad completa del historial de transacciones para calcular la ganancia con método FIFO –*primero en entrar, primero en salir*–. El contribuyente debe poder acreditar los precios y fechas de adquisición de sus criptomonedas, lo cual se vuelve complejo si ha operado de forma anónima o en múltiples plataformas. De hecho, la Agencia Tributaria ha advertido sobre la dificultad de obtener esa información cuando las criptoactivos están en *wallets* personales o dispersas en *exchanges* extranjeros. No obstante, la carga de la prueba recae en el contribuyente: si declara pérdidas, por ejemplo, debe justificarlas con documentación fiable. Un usuario que compró bitcoin con un cupón anónimo y luego lo vendió con pérdida podría encontrarse en apuros para demostrar el costo de adquisición si no conserva el justificante del cupón y la

(42) Diferente sería si lo que se vendiese fuese un bien o servicio pagadero en bitcoin –ahí hay IVA–, pero la mera conversión de dinero a cripto no tributa por IVA. Desde una perspectiva más detallada, Ehrke Rabel y Zechner han explorado las dificultades normativas que implica gravar los servicios de intermediación de criptomonedas, en especial cuando la retribución del *exchange* se percibe en criptoactivos o se estructura mediante comisiones en tokens, lo que complica su delimitación como servicios financieros exentos o no sujetos a IVA. EHRKE RABEL, T.; ZECHNER, L., «VAT Treatment of Cryptocurrency Intermediation Services», *Intertax*, vol. 48, n.º 5, 2020.

información de canje. Este es un riesgo fiscal de operar en la opacidad: puede dificultar la justificación ante una inspección, incluso aunque no haya mala fe.

Conviene mencionar que las criptomonedas no son consideradas valores negociables cotizados, por lo que ciertas normas fiscales específicas para acciones no aplican. Por ejemplo, la regla anti-aplicación de pérdidas por recompra en dos meses –para valores homogéneos– no se estima aplicable a criptoactivos según la Dirección General de Tributos, al no calificarlas como valores. En cambio, podría aplicarse la regla general anti-aplicación de pérdidas por recompra en el plazo de un año –artículo 33.5 e) LIRPF)– si se considera que son «elementos patrimoniales homogéneos» –una cuestión discutida doctrinalmente–. En cualquier caso, las ganancias en criptoactivos tributan en la base del ahorro a tipos entre 19 por ciento y 26 por ciento, y las pérdidas pueden compensarse con otras ganancias patrimoniales bajo las reglas usuales.

En el Impuesto sobre el Patrimonio las criptomonedas están sujetas al Impuesto sobre el Patrimonio (IP) como cualquier otro bien. La Dirección General de Tributos ha aclarado que se deben valorar por su precio de mercado a 31 de diciembre de cada año (43). Muchos contribuyentes españoles han de incluir, en la declaración de patrimonio, el saldo de criptodivisas que posean al cierre del año, siempre que su base imponible total supere los mínimos exentos –recordando que en algunas CCAA este impuesto está bonificado, como Madrid, pero otras no–. La cuestión problemática es la comprobación: dado el anonimato, Hacienda puede desconocer la existencia del activo si no es declarado. Sin embargo, como veremos, desde 2023 se han establecido modelos informativos que obligan a terceros y a los propios contribuyentes a informar de estas tenencias, reduciendo la opacidad.

---

(43) En las resoluciones a consultas V0250-18 y V0590-18 el centro directivo confirma la sujeción al IP de la tenencia de criptomonedas en los siguientes términos: «Consiguientemente, los «bitcoines» y demás criptomonedas deberán declararse en el Impuesto sobre el Patrimonio por su precio de mercado determinado a fecha de devengo (31 de diciembre de cada año), de acuerdo, respectivamente, con lo artículos 24 y 29 de la Ley». La titularidad de un *wallet* de criptomonedas es también observada por la Dirección General de Tributos, en su consulta V2289-18, dispone lo siguiente: «Desde la perspectiva del Impuesto sobre el Patrimonio, habrán de declararse junto con el resto de los bienes de titularidad de la persona física, de la misma forma que se haría con un capital en divisas, valorándose en el impuesto a precio de mercado a la fecha del devengo, es decir, a 31 de diciembre de cada año (artículo 24 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, que regula el impuesto), en definitiva, por su valor equivalente en euros a dicha fecha.

Obligaciones informativas –Modelos 172, 173, 721–: Una de las consecuencias de la Ley 11/2021 fue habilitar a la Administración para requerir información sobre criptoactivos. Se añadieron disposiciones en la Ley General Tributaria para forzar a *exchanges* y custodios a informar de saldos y operaciones de clientes, y a contribuyentes a declarar posesión de cripto en el extranjero. Tras desarrollos reglamentarios, en 2023 el Ministerio de Hacienda aprobó los modelos oficiales: el Modelo 172 –declaración anual de saldos en monedas virtuales–, el Modelo 173 –declaración anual de operaciones con criptomonedas– y el Modelo 721 –declaración de monedas virtuales situadas en el extranjero, análogo al antiguo Modelo 720– (44).

El Modelo 172 debe ser presentado por empresas –residentes en España– que custodien criptomonedas de terceros o que faciliten la tenencia –por ejemplo, *exchanges* con cuentas de cliente–, informando del saldo de criptoactivos de cada cliente a 31 de diciembre y el saldo medio del último trimestre. El Modelo 173, también a cargo de empresas, informa de las operaciones realizadas por sus clientes: adquisiciones, transmisiones, permutas, entre otros, con detalle de importes, fechas y contravalores. Por último, el Modelo 721 impone a personas físicas residentes declarar las criptomonedas que mantengan en *exchanges* o *wallets* extranjeros si superan ciertos umbrales –en 2023, todo indicaba que cualquier saldo menor a cincuenta mil euros debía informarse, similar a lo que era el 720 para cuentas, aunque tras la sentencia del TJUE que sancionó el régimen sancionador del 720, las multas se han moderado–. Cabe destacar que, a diferencia del 720 original, las criptomonedas en *cold wallets* propias no situadas en extranjero no encajarían en la definición –pues no hay «entidad gestora» extranjera–, pero si se custodian en un *exchange* fuera de España sí.

Estas obligaciones informativas significan que la Hacienda española obtendrá datos masivos sobre los titulares de criptomonedas. Un usuario que creyera mantener el anonimato comprando bitcoin con cupones puede verse descubierto a posteriori si, por ejemplo, transfiere esos bitcoines a un *exchange* que luego informa de su identidad y movimientos vía Modelo 173. Incluso si no lo hace, el

(44) El Modelo 721 es una declaración informativa obligatoria para residentes fiscales en España que posean criptomonedas en plataformas o wallets extranjeros, siempre que el valor total de estos activos supere los 50.000 euros a 31 de diciembre; su objetivo es controlar la tenencia de criptoactivos fuera del país y prevenir el fraude fiscal, debiendo incluirse datos identificativos del titular, del proveedor extranjero y de cada tipo de criptomoneda, y su incumplimiento puede conllevar sanciones económicas elevadas. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientoini/GI55.shtml#:~: text=, virtuales%20%C2%B7%20Modelo%20179.

propio deber del Modelo 721 lo obliga a autoinculparse, por así decir, bajo riesgo de sanción –que tras la jurisprudencia europea ya no es confiscatoria, pero sigue existiendo–.

Si las ganancias con bitcoin alcanzan grandes cuantías y hay ocultación deliberada, podría configurarse un delito fiscal –artículo 305 CP– si se defraudan más de ciento veinte mil euros de cuota (45). También, si bitcoin se emplea como medio de pago en adquisiciones de bienes, la administración podría gravar la operación subyacente –por ejemplo, ITP si se compra un bien mueble de segunda mano con bitcoin, aunque esto es terreno poco explorado–.

Resumiendo, fiscalmente la compra de bitcoin con un *voucher* no genera por sí tributo inmediato, pero marca el inicio de una inversión cuyas rentas futuras deberán declararse –IRPF por ganancias– y cuyo valor puede estar sujeto a patrimonio. La utilización de medios anónimos no exime de la tributación y la falta de rastro bancario no impide que surjan obligaciones: de hecho, Hacienda está creando nuevos mecanismos para rastrear las criptomonedas independientemente de cómo se adquirieron. La opacidad inicial puede dar una falsa sensación de evasión, pero si en algún punto los criptoactivos salen a la luz –por ejemplo, para comprar un inmueble o convertir a euros–, se exigirá explicar su origen y tributar lo que corresponda. La colusión de lo fiscal y lo penal aparece cuando la ocultación es deliberada y cuantiosa, como se verá en el epígrafe de delitos tributarios.

---

(45) La idoneidad del fraude fiscal como delito previo al blanqueo de capitales ha generado intensos debates doctrinales y jurisprudenciales centrados en determinar si las conductas típicas del blanqueo -adquisición, tenencia, utilización, conversión o transmisión de activos- constituyen automáticamente un segundo delito o requieren elementos subjetivos adicionales. Esta controversia plantea serios problemas respecto a la prohibición del *non bis in idem* y ha propiciado reinterpretaciones del derecho penal incompatibles con los principios fundamentales de criminalidad. Adicionalmente, la delimitación de los bienes susceptibles de blanqueo presenta complejidades particulares, dado que se trata de activos originalmente en posesión del infractor y de naturaleza pecuniaria, circunstancia que podría determinar la exoneración del sospechoso por aplicación del principio de presunción de inocencia. NIETO MONTERO, J. J., «Monedas virtuales en la Directiva 2018/843, su tributación y blanqueo.», en *X Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero y IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho penal económico y de la empresa: Ponencias y conclusiones del congreso. El blanqueo en la Unión Europea, su incidencia en el mundo digital y la internacionalización del Derecho penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, en julio de 2024, València*: Tirant lo Blanch, 2025, 2025, pp. 623-624.

VIII. TIPOLOGÍA DE EVENTUALES INFRACCIONES PENALES, TRIBUTARIAS Y ADMINISTRATIVAS

El empleo de medios de pago no rastreables para la adquisición de bitcoin puede dar lugar, dependiendo de la intencionalidad y circunstancias, a la comisión de distintos ilícitos penales y administrativo-tributarios. En este epígrafe se examinan las principales figuras delictivas e infracciones que podrían concurrir, distinguiendo entre delitos financieros, delitos fiscales y otras infracciones administrativas en materia tributaria o de control.

1. **Blanqueo de capitales en el ecosistema cripto: delito de blanqueo, prevención de blanqueo, *vouchers, Travel Rule, AML* y *MiCA***

A modo de marco general, este subepígrafe ofrece una visión integrada del delito de blanqueo aplicado a criptoactivos. Partimos del análisis del artículo 301 CP y de su evolución para, después, situar los vectores técnicos que condicionan la prueba y tienen incidencia en la determinación del elemento subjetivo. Prestamos especial atención al papel de los *vouchers* o cupones prepago como eslabón opaco de entrada y al efecto estudiamos la «Travel Rule» en la trazabilidad y la cooperación entre proveedores. El análisis se articula en conexión con el marco AML y con MiCA, destacando cómo ambos inciden en la tipicidad y la diligencia debida. Sobre ese diagnóstico, se identifican carencias –con especial relevancia de las existentes en la regulación de la prueba– y de coordinación administrativo-penal y se proponen medidas de *lege ferenda* para reforzar la seguridad jurídica sin sacrificar el desarrollo tecnológico.

1.1 El tipo penal de blanqueo de capitales y su aplicación a operaciones con criptomonedas

El artículo 301 del Código Penal español configura el delito de blanqueo de capitales mediante una tipificación que abarca la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes procedentes de actividad delictiva. La conducta típica se perfecciona cuando el sujeto activo realiza estas acciones con conocimiento del origen ilícito de los bienes y con la finalidad de ocultar o encubrir su procedencia criminal, o de ayudar a la persona

que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos (46).

La reforma operada por la Ley Orgánica 6/2021 introdujo modificaciones sustanciales en la configuración del tipo. Particularmente relevante resulta que no se exige ya que el acto de ocultación sea exitoso; la mera finalidad y la consciencia del origen ilícito configuran el delito. Esta modificación amplía considerablemente el ámbito de punibilidad, abarcando tentativas de blanqueo que anteriormente podían quedar impunes. Así, cuando un sujeto utiliza *vouchers* prepagados para adquirir criptoactivos con conocimiento de que el efectivo proviene de actividades delictivas –paradigmáticamente, el tráfico de estupefacientes–, incurre en la conducta típica independientemente del éxito de la operación de lavado (47).

La reforma también introdujo agravantes específicas que elevan sustancialmente el marco punitivo –de tres años y tres meses hasta seis años de prisión– cuando el responsable ostenta la condición de sujeto obligado conforme a la normativa de prevención del blanqueo. Esta categoría incorpora expresamente, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2021, a los proveedores de servicios de cambio entre monedas virtuales y monedas de curso legal. La agravante se fundamenta en la especial posición de garante que ostentan los proveedores de servicios en el sistema de prevención del blanqueo, no hay más sujetos a los que agarrarse.

El ordenamiento penal español distingue diversas modalidades de blanqueo que resultan particularmente relevantes en el contexto de las operaciones con criptoactivos. Para empezar, debemos hablar de blanqueo propio y autoblanqueo. El artículo 301.1 CP tipifica el blanqueo realizado por terceros ajenos al delito precedente, mientras que el apartado 3 sanciona el autoblanqueo, esto es, cuando el propio autor del delito previo procede al lavado de los fondos obtenidos. Esta

---

(46) Como síntesis introductoria, se puede la revisión general sobre criptomonedas y BC/FT en España del profesor Hinojal. Hinojal, A., «Criptomonedas y blanqueo de capitales», *Logos Guardia Civil: Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil,* n.º 1, 2023, p.p. 215-240.

(47) Los vales y tarjetas prepago operan como eslabón opaco de entrada y salida que dificulta la trazabilidad y favorece operar con fondos ilícitos. En el interesantísimo articulo «Laundering the Profits of Ransomware» se analiza la operativa de los secuestradores de sistemas informáticos, que exigen un pago para desencriptar los programas de uso básico en las empresas. En dicha operativa se ha utilizado el sistema de cupones para ocultar los pagos de las víctimas. Usters, B.; Oerlemans, J.-J.; Pool, R., «Laundering the Profits of Ransomware: Money Laundering Methods for Vouchers and Cryptocurrencies», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 28, n.º 2, 2020, pp. 121-152.

modalidad, introducida en 2010 anticipándose a las exigencias de la normativa europea, resulta especialmente frecuente en la práctica de adquisición de bitcoin con medios no rastreables, donde previo delito inicial se convierte el resultado monetario de moneda de curso legal en activos digitales.

El párrafo último del artículo 301.1 CP sanciona las conductas de blanqueo realizadas por imprudencia grave. Esta modalidad típica adquiere especial relevancia en supuestos donde operadores de servicios de cambio aceptan reiteradamente cupones o *vouchers* omitiendo controles básicos de diligencia debida (48).

La conversión de dinero de origen ilícito en *vouchers* y, después, en criptomonedas cuadra perfectamente en la definición típica de blanqueo como forma de ocultación, encontrando respaldo normativo adicional en la Directiva (UE) 2018/1673, que enfatiza expresamente que el uso de monedas virtuales presenta nuevos riesgos de blanqueo que deben ser adecuadamente abordados (49).

El espectro de delitos susceptibles de generar productos para el blanqueo se ha ampliado considerablemente. El marco normativo actual incluye todo delito grave y, de manera expresa, los delitos fiscales. Sin ir más lejos, la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales incorporó la cuota defraudada en los delitos contra la

---

(48) La delimitación entre dolo eventual e imprudencia constituye una cuestión probatoria compleja pero determinante, especialmente en casos donde no existe evidencia concluyente de intencionalidad directa. El dolo eventual implica que el sujeto prevé la posibilidad de que su conducta cause un resultado ilícito –por ejemplo, que los fondos provengan de actividades delictivas– y, aun así, decide actuar, aceptando ese riesgo. Estaríamos ente el caso de un *exchange* que sospecha que los cupones que recibe podrían tener origen ilícito, pero los acepta igualmente porque le interesa la ganancia. La imprudencia grave ocurre cuando el sujeto no prevé el resultado ilícito, pero debería haberlo hecho si hubiera actuado con la diligencia exigible. No hay aceptación del riesgo, sino descuido o negligencia grave. En este caso el *exchange* por desidia, omite verificar la procedencia de los cupones, sin tener indicios concretos de ilegalidad. No siempre hay pruebas directas de la intención del sujeto. Los tribunales deben determinar el estado mental del acusado a partir de la frecuencia y volumen de las operaciones, la naturaleza de los clientes, la existencia de alertas previas o señales de riesgo o del nivel de formación o experiencia del operador. La diferencia entre dolo eventual e imprudencia marca la frontera entre el delito doloso y el imprudente, lo que tiene consecuencias importantes en la pena.

(49) Esta norma europea, transpuesta al ordenamiento español, reconoce expresamente los riesgos asociados al uso de monedas virtuales en el contexto del blanqueo. En su considerando 6, señala que los Estados miembros deben abordar adecuadamente estos riesgos. Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32018L1673

Hacienda Pública como bienes procedentes de actividad delictiva. Esta ampliación tiene implicaciones prácticas significativas: la conversión de dinero evadido fiscalmente en bitcoines constituye igualmente delito de blanqueo (50).

La configuración típica del artículo 301 CP, caracterizada por su amplitud descriptiva, permite subsumir las conductas realizadas con cupones prepagados y criptoactivos sin requerir modificación legislativa. Los órganos jurisdiccionales han confirmado reiteradamente que los activos digitales constituyen «bienes» en el sentido técnico-jurídico del artículo 301 CP, equiparándolos funcionalmente a activos patrimoniales susceptibles de integrar operaciones de blanqueo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido criterios hermenéuticos consolidados para la aplicación del tipo penal a las operaciones con criptomonedas. La Sentencia 326/2019 marcó un hito interpretativo al caracterizar Bitcoin como bien mueble de naturaleza inmaterial. El Alto Tribunal precisó que, aunque estos activos no constituyen moneda de curso legal, resultan plenamente aptos para integrar conductas típicas de blanqueo cuando se emplean instrumentalmente para dificultar la trazabilidad de fondos procedentes de delitos precedentes (51).

La evolución jurisprudencial alcanzó un punto de inflexión con la STS 224/2024, que delimitó con precisión los contornos típicos del delito. Esta resolución rechazó interpretaciones extensivas que criminalicen operaciones meramente neutrales, estableciendo que el

---

(50) Por ejemplo, cuando un sujeto defrauda 200.000 euros en concepto de IVA no declarado y posteriormente adquiere bitcoines con ese dinero para ocultar su origen, incurre en blanqueo de capitales con fondos procedentes de actividad fiscal delictiva. Esta extensión del tipo refleja la evolución hacia una concepción omnicomprensiva del blanqueo que abarca cualquier forma de legitimación de activos de origen criminal. En IVA, la sentencia Hedqvist delimita la exención aplicable y la doctrina reciente matiza su extensión a NFTs y servicios asociados, con implicaciones recaudatorias. NESS, S., «VAT/GST Harmonisation Challenges for Digital Assets such as Bitcoin and NFTs in the EU (following C-264/14 Hedqvist)», *Journal of Business Economics and Management*, 2024.

(51) En este caso, el Tribunal Supremo enfrentó un delito de estafa relacionado con bitcoines y, aunque el asunto principal era defraudatorio, el fallo dedicó consideraciones a la naturaleza del bitcoin. Afirmó que no es moneda de curso legal, sino «activo de contraprestación», fijando la calificación de las criptodivisas. Ahora bien, aunque en el caso no se trató el blanqueo, esta sentencia ha sido la referencia en casos posteriores para entender qué se está blanqueando cuando se blanquea «dinero» convertido a bitcoines: se blanquean bienes, activos patrimoniales, no moneda en sentido técnico, pero la conducta encaja igualmente en el delito de blanqueo porque el artículo 301 CP se refiere a bienes procedentes de delito.

tipo penal exige la concurrencia de dolo específico de ocultación. La sentencia clarificó que no constituye blanqueo la mera facilitación de la introducción en el mercado regular de fondos que requieren legitimación por su origen delictivo. Por el contrario, debe acreditarse una conducta posterior, autónoma y diferenciada, orientada específicamente a legitimar bienes previamente obtenidos de forma ilícita.

1.2 El tipo penal de blanqueo de capitales frente a las características técnicas de los criptoactivos

El marco penal vigente demuestra una notable capacidad de adaptación ante las características de los criptoactivos. La descentralización inherente a estos sistemas, que excluye el control bancario tradicional, encuentra respuesta adecuada en la configuración típica del artículo 301 CP. La norma no exige la participación de intermediarios específicos, abarcando cualquier modalidad de conversión o transmisión de bienes de origen ilícito, independientemente del canal empleado.

En principio, la irreversibilidad de las transacciones registradas en *blockchain*, aunque dificulta significativamente la recuperación de activos blanqueados, no constituye impedimento para la aplicación del tipo penal. El delito se consuma con la realización de la conducta típica, independientemente del éxito final en la ocultación del origen ilícito de los fondos. También el tipo hace que el pseudoanonimato característico de las transacciones *blockchain* en las monedas virtuales «clásicas», como bitcoin, no constituya un obstáculo jurídico ni técnico insuperable (52). La reforma de 2010 incorporó la mera tenencia o posesión consciente de bienes de origen criminal, permitiendo perseguir conductas que anteriormente escapaban al ámbito punitivo (53). El elemento subjetivo del tipo no requiere un conocimiento exhaustivo del delito precedente. Esto hace que las posibilidades de segmentación de las cuantías mediante técnicas

(52) El pseudoanonimato de bitcoin permite reconstruir los recorridos transaccionales, pero no garantiza anonimato absoluto; los primeros análisis de la red y la evidencia empírica sobre usos ilícitos lo demuestran. Foley, S.; Karlsen, J. R.; Putniņš, T. J., «Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity Is Financed through Cryptocurrencies?», *The Review of Financial Studies*, vol. 32, n.º 5, 2019, pp. 1798-1853, DOI: 10.1093/rfs/hhz015.

(53) Conforme estableció la STS 501/2019, resulta suficiente la certeza sobre la procedencia delictiva de los bienes, sin exigirse una descripción pormenorizada de la actividad delictiva anterior.

sofisticadas como el pitufeo o *smurfing* digital o la utilización de múltiples direcciones *wallet* también encuentren cobertura típica (54).

Ahora bien, la extensión y adaptabilidad del tipo del blanqueo de capitales no significa falta de límites. La jurisprudencia ha desarrollado una línea que limita la aplicación indiscriminada del tipo penal a las operaciones con criptomonedas. La STS 10/2024 estableció que el blanqueo de capitales no constituye un delito de sospecha, exigiendo prueba rigurosa de todos los elementos típicos, incluido el origen criminal de los bienes objeto de blanqueo (55). Esta doctrina adquiere especial relevancia en el contexto de los criptoactivos, donde la trazabilidad técnica garantizada por *blockchain* no se traduce automáticamente en trazabilidad jurídica eficaz para la determinación de responsabilidades penales. La inmutabilidad del registro distribuido proporciona la pura certeza sobre las transacciones realizadas, pero no sobre la identidad de los intervinientes, ni sobre el elemento volitivo del tipo.

La operativa indicada en la primera parte del artículo no permite determinar fácilmente la concurrencia del elemento subjetivo del tipo. Esta limitación probatoria constituye uno de los principales desafíos para la persecución eficaz del blanqueo mediante criptoactivos.

1.3 Carencias del artículo 301 CP

Así, la principal deficiencia del artículo 301 CP en su aplicación a operaciones con vouchers de criptomonedas y criptomonedas radica en las dificultades probatorias específicas que plantea la operativa. La adquisición de manera anónima de vouchers o cupones en pequeñas cantidades segmentando los fondos es el primer paso en difuminar al elemento subjetivo (56). Y cuando se produce el paso

(54) En la sentencia 335/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de junio de 2010 se analiza la aplicación del artículo 301 del Código Penal, destacando que la mera posesión de bienes ilícitos con conocimiento de su origen delictivo es suficiente para configurar el delito de blanqueo, incluso sin operaciones de transformación o encubrimiento.

(55) La STS 10/2024, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 11 de enero de 2024, establece que el delito de blanqueo de capitales no puede fundarse en meras sospechas, exigiendo una prueba rigurosa de todos los elementos típicos, especialmente del origen criminal de los bienes objeto de blanqueo. La sentencia subraya que el artículo 301 del Código Penal no puede aplicarse de forma automática sin acreditar la existencia de una actividad delictiva concreta y el conocimiento del acusado sobre dicha procedencia ilícita, reforzando así las garantías procesales y limitando la extensión del tipo penal en casos con indicios débiles o sin conexión probada con un delito precedente.

(56) La adquisición anónima de criptoactivos mediante *vouchers* prepagados inferiores a 150 euros –umbral establecido por la Quinta Directiva AML– evidencia

del voucher a la criptomoneda, aunque las transacciones quedan registradas públicamente de forma inmutable, el pseudoanonimato de las direcciones *wallet* imposibilita la identificación directa de los titulares, generando lagunas probatorias significativas respecto al elemento subjetivo del tipo. Además, se le pueden añadir más capas de ocultación como la utilización de *mixers*, *tumblers* o protocolos CoinJoin, que diluyen la trazabilidad sin vulnerar directamente el tipo penal. Estas tecnologías dificultan extremadamente la acreditación del nexo causal entre los fondos de origen ilícito y las transacciones posteriores. Y añadir más fragmentación, no solo la de la adquisición de cupones, sino una fragmentación de operaciones ya con el criptoactivo, mediante múltiples transacciones de importe reducido para explotar las limitaciones del principio de insignificancia penal (57). La descoordinación entre el marco preventivo y el penal en cuestiones de blanqueo de capitales reduce sustancialmente la eficacia del artículo 301 CP en este ámbito: si bien la Ley 10/2010 impone a los proveedores de servicios sobre criptoactivos obligaciones de diligencia debida y comunicación de operaciones sospechosas al SEPBLAC, persisten lagunas estructurales significativas (58).

Los nuevos modelos informativos tributarios 172, 173 y 721, de los que ya hemos hablado, permiten rastrear operaciones con criptoactivos, pero su eficacia se circunscribe a exchanges regulados y plataformas cooperativas. Las transacciones *peer-to-peer* y los intercambios en mercados descentralizados (DEX) que operan mediante *smart contracts* autónomos quedan fuera del perímetro de

---

otra brecha significativa. La prevención administrativa fracasa en estos supuestos al no capturar el rastro inicial de conversión de efectivo a criptoactivos.

(57) En la STS 224/2024, de 7 de marzo (ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar), se absuelve al acusado por blanqueo de capitales imprudente (art. 301.3 CP) al considerar atípica la conducta de permitir el uso de su cuenta para recibir 850 euros procedentes de una estafa. El Tribunal aplica el principio de insignificancia y exige una imprudencia cualificada, destacando que la escasa cuantía y la pasividad del sujeto excluyen la tipicidad penal.

(58) Como veremos más adelante, si bien la Travel Rule del Reglamento (UE) 2023/1113 es un avance importante, presenta limitaciones técnicas relevantes. La normativa obliga a transmitir información del ordenante y beneficiario en transferencias de criptoactivos, pero incluye una excepción para las wallets frías donde el usuario mantiene el control directo de sus claves privadas. Precisamente estos instrumentos constituyen el vector preferente para preservar el anonimato en operaciones ilícitas. El artículo 16 del Reglamento introduce medidas reforzadas cuando las transferencias implican wallets frias. El proveedor debe verificar la identidad del titular de la wallet si la transferencia supera los 1.000 euros en estos casos.

control. Esta limitación genera un efecto desplazamiento hacia plataformas no reguladas sin impedir materialmente las conductas de blanqueo.

1.4 Propuestas de *lege ferenda*

Se podría proponer una agravante específica en el artículo 301 CP para sancionar con mayor severidad el blanqueo realizado mediante el uso de la técnica mixta de ocultación a la que nos hemos referido: una primera parte utilizando cupones o *vouchers* que se compran con efectivo y sin dejar rastro y una segunda en la que se utilizan tecnologías de mejora del anonimato me parece objetable, alineada con la definición establecida en el Reglamento (UE) 2024/1624, aplicable a partir del 10 de julio de 2027 (59). La agravante abarcaría el uso doloso de los cupones y de servicios de mezcla (*mixers* y *tumblers*), *atomic swaps*, *zero-knowledge proofs* y criptomonedas orientadas a la privacidad (*Monero*, *Zcash*) cuando se utilicen específicamente para blanquear fondos de origen delictivo (60).

La propuesta respetaría el principio de neutralidad tecnológica, porque no criminaliza el uso de tecnologías anonimizadora, sino que agrava exclusivamente su utilización dolosa en contexto de blanqueo. Esta aproximación resulta coherente con el enfoque del Reglamento (UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, que no prohíben estas tecnologías, pero establece controles para su utilización (61).

Sin embargo, la introducción de esta agravante tiene significativas objeciones. En primer lugar, existe un riesgo de vulneración del

(59) Que caracteriza las «monedas de mejora del anonimato» como aquellos criptoactivos con características integradas concebidas para hacer anónima la información sobre transferencias, ya sea de forma sistemática u optativa. Este Reglamento europeo refuerza significativamente la posición jurisprudencial española al establecer un régimen considerablemente más estricto para los criptoactivos que implementan funcionalidades de privacidad avanzada. La normativa introduce definiciones precisas que proporcionan base jurídica sólida para la diferenciación normativa de estos instrumentos cuando se emplean con fines ilícitos.

(60) Esta medida estaría en armonía en las recomendaciones del GAFI, que cataloga el uso de servicios de anonimización como indicador de alto riesgo de blanqueo. La reforma permitiría elevar las penas hasta el límite superior previsto para conductas agravadas (prisión de tres años y tres meses a seis años) cuando se demuestre intencionalidad específica de ocultación.

(61) En concreto, en sus «considerandos» 22 y 23, lo fundamenta, y en varios artículos se establecen esas medidas de control (artículos 3, 14 y 16).

principio *non bis in idem*, dado que la esencia del artículo 301 CP radica precisamente en la ocultación o encubrimiento del origen ilícito. Esta eventual duplicidad ha sido reseñada ya por la doctrina respecto a propósito de otros mecanismos de ocultación en el blanqueo de capitales (62). Establecer una agravante por utilizar este tipo de operativas que incrementan esa capacidad de ocultación podría constituir un bis *in idem* material, al sancionar doblemente la misma cualidad intrínseca de la conducta típica (63).

También sería un punto a estudiar la reforma de la aplicación del principio de insignificancia en delitos de blanqueo por la técnica mixta de la utilización de cupones y, a través de ellos, adquirir criptoactivos, mediante la introducción de criterios específicos que consideren la naturaleza acumulativa de las operaciones. La propuesta establecería que, cuando se detecte fraccionamiento deliberado de operaciones en importes individualmente insignificantes, se compute el valor total acumulado para determinar la relevancia penal. Esta reforma haría necesario incluir un apartado específico que establezca que el principio de insignificancia no operará cuando el fraccionamiento de operaciones con criptoactivos obedezca al propósito de eludir umbrales penales, siempre que se acredite unidad de propósito, proximidad temporal y homogeneidad de medios (64).

Otra sugerencia de *lege ferenda* sería incluir en la responsabilidad penal de las personas jurídicas un régimen de responsabilidad penal para entidades que emitan *vouchers* sobre criptoactivos o presten servicios de «anonimización» sobre criptoactivos e incumplan deliberadamente las obligaciones de prevención del blanqueo. La reforma ampliaría las accesorias del artículo 302 del Código Penal para incluir la suspensión temporal de licencias para operar con criptoactivos, la prohibición de emitir

(62) Muñoz Marín, A., «Blanqueo de capitales en los supuestos de tráfico de drogas por el mismo sujeto: el autoblanqueo y el principio non bis in ídem», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 162, 2014, pp. 212-216.

(63) Como alternativas, cabría reconocer que la utilización de estas operativas se traduce únicamente en la graduación de la pena dentro del tipo básico o como elemento en la categoría de la culpa, sin configurar una agravante específica autónoma.

(64) Ya hemos comentado anteriormente que el elemento subjetivo del tipo del 301CP, no requiere un conocimiento exhaustivo del delito precedente, esto hace que se pueda combatir la segmentación de las cuantías mediante técnicas sofisticadas como el pitufeo o *smurfing* digital o no -como pasa con los vouchers- y la utilización de múltiples direcciones wallet. Sin embargo, dejar claro el tratamiento de la segmentación, como ocurre en la normativa de limitación de pagos en efectivo creo que es prudente y evita dejar un margen que puede tornarse difuso.

cupones, así como la inhabilitación para gestionar fondos digitales por períodos comprendidos entre dos y diez años (65).

1.5 La Quinta Directiva 2018/843 antiblanqueo, el Reglamento MiCA y su impacto en el artículo 301 del Código Penal

La Directiva (UE) 2018/843, conocida como Quinta Directiva antiblanqueo, representa un punto de inflexión fundamental en la integración de los criptoactivos dentro del marco europeo de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Esta normativa, que entró en vigor el 10 de enero de 2020, estableció por primera vez la incorporación expresa de los proveedores de servicios de criptomonedas como sujetos obligados en la legislación europea, creando un precedente regulatorio de alcance transformador para la armonización de controles antiblanqueo en el ámbito digital (66).

La directiva, para empezar, introduce definiciones técnico-jurídicas precisas que resultan esenciales para delimitar el objeto material del delito de blanqueo cuando se emplean criptoactivos. El concepto de «monedas virtuales» se define como representaciones digitales de valor no emitidas ni garantizadas por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociadas a una moneda establecida legalmente, que carecen del estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que son aceptadas por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y pueden transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos. Esta caracterización normativa proporciona seguridad jurídica indispensable para la correcta aplicación del artículo 301 CP, eliminando las incertidumbres interpretativas que anteriormente debilitaban la persecución penal efectiva (67).

---

(65) Estas propuestas se coordinarían con el marco administrativo. De este modo, se configuraría un sistema integral de responsabilidad que combina sanciones penales con medidas administrativas preventivas, fortaleciendo la capacidad del ordenamiento jurídico para combatir eficazmente el blanqueo de capitales a través de criptoactivos.

(66) España transpuso la Quinta Directiva mediante el Real Decreto-ley 7/2021, introduciendo modificaciones sustanciales en la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales. La transposición española adoptó una aproximación maximalista que superó los estándares mínimos exigidos por la normativa europea. El legislador nacional no solo incluyó a los proveedores de cambio cripto-monedas de curso legal y wallets, sino que extendió las obligaciones al intercambio entre diferentes monedas virtuales, anticipándose así a desarrollos normativos posteriores y estableciendo un marco regulatorio más comprehensivo.

(67) Esta definición delimita el objeto material del delito de blanqueo cuando se emplean criptoactivos, permitiendo identificar con claridad qué tipo de bienes

La normativa incorpora los conceptos de proveedores de servicios de criptomonedas como sujetos obligados comprende dos categorías específicas: los proveedores de servicios de cambio entre monedas virtuales y moneda curso legal (68) y los proveedores de servicios de wallets o monederos de custodia. Esta inclusión trasciende el ámbito meramente administrativo para configurarse como elemento de base de la normativa administrativa, pero su repercusión es limitada (69).

Como deriva de esta normativa, se creó el Registro de Proveedores de Servicios de Criptoactivos en el Banco de España, pero desde el 30 de diciembre de 2024 entró en vigor el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos (Reglamento MiCA) y esta parte de la normativa quedó, por duplicación de obligaciones, derogada (70). MiCA establece un marco regulador integral y armonizado para los proveedores de servicios de criptoactivos en el ámbito de la Unión Europea, unificando los criterios de autorización y funcionamiento que hasta la fecha se encontraban dispersos en las diferentes legislaciones nacionales. Ahora, aquellos operadores que ofrecen servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos –anteriormente sujetos a la obligación de inscripción en el registro administrado por el Banco de España conforme a la disposición adicional segunda de la Ley 10/2010, de 28 de abril– quedan ahora sometidos al nuevo régimen europeo. En consecuencia, estos operadores deberán obtener la correspondiente autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), designada como autoridad competente en España según lo dispuesto en el artículo 251 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

---

digitales pueden ser objeto de ocultación, conversión o posesión consciente. También elimina la ambigüedad interpretativa que existía en torno a si los criptoactivos podían considerarse «bienes» a efectos del artículo 301 CP y refuerza la seguridad jurídica en la persecución penal, al permitir una subsunción clara en el tipo penal sin necesidad de analogías extensivas o interpretaciones forzadas.

(68) Fiat o fiduciaria, como la quieran denominar.

(69) Se daba publicidad al cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la normativa de prevención del blanqueo de capitales. El régimen MiCA redefine obligaciones de los wallets de criptoactivos, con debate doctrinal sobre su idoneidad y riesgos regulatorios.

(70) Desde el 30/12/2024 el Registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos, previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales, ha sido dejado sin efecto, pero subsiste a efectos informativos sobre aquellas inscripciones anteriores de esa fecha y que se encuentran en el régimen transitorio previsto en el artículo 143 del Reglamento MiCA.

Paralelamente, el Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos, también aplicable desde el 30 de diciembre de 2024, elimina los requisitos de registro contemplados en la Directiva (UE) 2015/849 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Esta modificación normativa tiene como objetivo evitar la duplicación de obligaciones regulatorias y garantizar la coherencia del nuevo marco jurídico europeo. Así, el Registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos ha quedado formalmente suprimido. No obstante, se mantiene con carácter meramente informativo respecto de aquellas inscripciones efectuadas con anterioridad al 30 de diciembre de 2024, las cuales pueden beneficiarse del régimen transitorio establecido en el artículo 143 del Reglamento MiCA (71).

Resulta pertinente señalar que el régimen jurídico de la Quinta Directiva presentaba un alcance significativamente limitado (72). Si bien la Ley 10/2010 configuraba a estos proveedores como sujetos obligados en materia de prevención del blanqueo de capitales, no contemplaba disposiciones relativas a la supervisión financiera prudencial, el gobierno corporativo, la seguridad tecnológica, la conducta de mercado o la transparencia informativa.

En este sentido, debe subrayarse que el Banco de España carecía de competencias para supervisar los riesgos financieros, operativos o tecnológicos asociados a estas actividades, así como de facultades en materia de conducta de mercado. Por consiguiente, la inscripción registral no constituía, en modo alguno, una aprobación o validación de las actividades desarrolladas por estos operadores, limitándose a certificar el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

---

(71) El artículo 143 del Reglamento (UE) 2023/1114 (MiCA), relativo a los mercados de criptoactivos, que establece un régimen transitorio para los proveedores de servicios y emisores que ya operaban antes de su entrada en vigor. Dicho régimen permite continuar la actividad hasta el 1 de julio de 2026, siempre que se notifique a la autoridad competente y se solicite la autorización antes del 30 de julio de 2025. Los Estados miembros pueden acortar este plazo, como ha anunciado España, que prevé exigir el cumplimiento pleno del MiCA a partir de diciembre de 2025.

(72) La inscripción registral se encontraba condicionada exclusivamente al cumplimiento de dos requisitos: la implementación de procedimientos y órganos adecuados de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y la acreditación de honorabilidad comercial y profesional.

Volviendo a la Quinta Directiva, esta establece un sistema comprehensivo de obligaciones de identificación y verificación de clientes (Know Your Customer-KYC) que trasciende el ámbito administrativo para configurarse como presupuesto fundamental de la aplicación del derecho penal. Los proveedores de servicios de criptoactivos quedan sometidos a medidas de diligencia debida equivalentes a las exigidas a las entidades financieras tradicionales. Estas medidas comprenden la identificación formal del cliente y verificación fehaciente de su identidad, la identificación del titular real cuando el cliente actúe por cuenta de terceros, la obtención de información detallada sobre el propósito y naturaleza prevista de la relación comercial, y el seguimiento continuo y documentado de las operaciones realizadas.

El cumplimiento de estas obligaciones KYC incide directamente en la acreditación del elemento subjetivo del delito de blanqueo. Un proveedor que implementa adecuadamente los procedimientos de diligencia debida dispondrá de documentación que puede resultar exculpatoria en caso de investigación penal, demostrando la ausencia de conocimiento sobre el origen ilícito de los fondos. Por el contrario, el incumplimiento deliberado de estas obligaciones puede constituir indicio cualificado de participación dolosa en operaciones de blanqueo. La jurisprudencia española ha comenzado a consolidar una línea interpretativa que valora el grado de cumplimiento de las obligaciones preventivas como elemento determinante para establecer la concurrencia de dolo eventual en delitos de blanqueo mediante criptoactivos.

La normativa faculta expresamente a los Estados miembros para prohibir la circulación de tarjetas prepago anónimas emitidas en terceros países y reduce el umbral de anonimato de estas tarjetas de 250 a 150 euros. Esta reducción del umbral cierra vías tradicionales de adquisición anónima de criptoactivos que anteriormente facilitaban operaciones de blanqueo de menor cuantía, pero alta frecuencia, técnica conocida como *smurfing* digital (73).

En definitiva, el cumplimiento por parte de un proveedor de servicios de criptoactivos de los requisitos de inscripción establecidos en la Quinta Directiva (UE) 2018/843, transpuesta al ordenamiento

(73) La directiva establece umbrales específicos que modulan la intensidad de las medidas de diligencia debida aplicables. Las medidas simplificadas quedan expresamente excluidas para operaciones con criptoactivos, que la normativa cataloga como productos de riesgo inherentemente elevado. Esta categorización normativa tiene implicaciones penales relevantes, pues elimina la posibilidad de alegar desconocimiento basado en la aplicación de controles reducidos.

español mediante el Real Decreto-ley 7/2021, podría tener efectos relevantes en el ámbito penal, particularmente en casos de imputación por blanqueo de capitales. Aunque dicho cumplimiento no excluye automáticamente la responsabilidad penal, sí puede operar como elemento atenuante o incluso exculpatorio, dependiendo de las circunstancias del caso. La inscripción en el registro de la CMNV –anteriormente, en el BDE– y la aplicación efectiva de medidas de diligencia debida, identificación de clientes y reporte de operaciones sospechosas constituyen indicios de actuación conforme a la legalidad, lo que puede debilitar la presunción de dolo o conocimiento del origen ilícito de los fondos. En este sentido, el proveedor que haya cumplido con las exigencias normativas podría beneficiarse de una interpretación más favorable del tipo penal del artículo 301 del Código Penal, especialmente si demuestra colaboración con las autoridades o ausencia de voluntad de ocultación (74).

1.6 La *Travel Rule* y sus efectos en la aplicación del artículo 301 CP

La travel rule (o regla de viaje) es una norma de *soft law* del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF) que busca prevenir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo en el ámbito de los criptoactivos. Aunque originalmente fue diseñada para transferencias bancarias tradicionales, desde 2019 se ha extendido a los proveedores de servicios de activos virtuales (VASPs), como *exchanges* y wallets on line. Fue recogida por el Reglamento (UE) 2023/1113 relativo a la

(74) La jurisprudencia reciente, como la STS 10/2024, refuerza esta tesis al exigir prueba rigurosa del elemento subjetivo del delito, lo que permite valorar el cumplimiento normativo como factor que excluye la culpabilidad o atenúa la responsabilidad penal. La STS 10/2024, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 11 de enero de 2024 (Rec. 7241/2021), como hemos estado insistiendo, esta línea jurisprudencial limita el delito de blanqueo de capitales en lo que respecta al elemento subjetivo. El ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, subraya que este delito no puede configurarse como un tipo de sospecha, sino que exige una prueba rigurosa y directa del dolo, es decir, del conocimiento efectivo del origen criminal de los bienes y de la voluntad de ocultarlos o integrarlos en el circuito económico legal tiene especial relevancia en el ámbito de los criptoactivos, donde la trazabilidad es limitada y el riesgo de automatismos acusatorios es alto. La STS 10/2024 exige que la imputación penal se funde en hechos probados y no en presunciones derivadas del uso de tecnologías descentralizadas o de anonimato. https://vlex.es/vid/977115458

información que acompaña a las transferencias de fondos y criptoactivos y ha devenido obligatoria desde el 30 de diciembre de 2024 (75).

El artículo 16 del Reglamento (UE) 2023/1113 introduce medidas reforzadas cuando las transferencias implican carteras autocustodiadas (self-hosted wallets). En estos casos, el proveedor debe verificar la identidad del titular de la wallet si la transferencia supera los 1.000 euros. Pero este umbral solo aplica a esa situación específica, no como regla general (76). Esta información debe incluir el nombre completo del ordenante y beneficiario, el número de cuenta o dirección de wallet correspondiente, la dirección física o identificador nacional único, y el nombre del CASP del beneficiario. La información debe «viajar» con la transacción y conservarse tanto en origen como en destino durante un período mínimo de cinco años, creando una cadena de trazabilidad documental que facilita significativamente la investigación judicial de delitos de blanqueo. A diferencia de la Quinta Directiva AML (UE) 2018/843, que sí contemplaba umbrales de anonimato (150 € para tarjetas prepago físicas y 50 € para remotas), el Reglamento 2023/1113 elimina tales umbrales para las transferencias de criptoactivos entre CASP.

El impacto de la travel rule en la aplicación efectiva del artículo 301 CP resulta significativo. La normativa permite superar las dificultades

---

(75) El núcleo normativo de esta obligación se encuentra en los artículos 14 a 17 del Reglamento. El artículo 14 establece las obligaciones de información aplicables a todas las transferencias de criptoactivos, incluyendo datos como el nombre, número de cuenta, dirección y documento identificativo tanto del originador como del beneficiario. El artículo 15 contempla excepciones limitadas, por ejemplo, en transferencias entre proveedores regulados dentro de la Unión Europea, siempre que se garantice la trazabilidad. El artículo 16 introduce medidas reforzadas de diligencia debida para las operaciones que involucren *wallets* no custodiadas, obligando al proveedor a verificar la identidad del titular de la *wallet*. Finalmente, el artículo 17 regula la conservación de los datos recopilados, que deben mantenerse durante cinco años y estar disponibles para las autoridades competentes.

(76) Existe una obligación general de trazabilidad. El reglamento impone a los proveedores de servicios de criptoactivos (CASP) la obligación de acompañar todas las transferencias de criptoactivos con información sobre el ordenante y el beneficiario, sin establecer un umbral general de exclusión como ocurría en normativas anteriores. No obstante, el límite de 150 euros sigue vigente en ciertos instrumentos de entrada al ecosistema cripto, como los cupones o tarjetas prepago, pero no aplica a las transferencias entre CASP bajo el Reglamento (UE) 2023/1113, pero, los proveedores de servicios de criptoactivos (CASP) están obligados a implementar sistemas de monitoreo y análisis de patrones transaccionales, que les permitan identificar operaciones sospechosas por su frecuencia, estructura o destinatarios comunes. En este sentido, el *pitufeo* o *smurfing* no solo debe ser detectado como técnica de ocultación, sino también informado como indicio de blanqueo, conforme a las obligaciones de comunicación de operaciones sospechosas previstas en la Ley 10/2010 y en el propio Reglamento.

probatorias tradicionales asociadas al blanqueo mediante criptoactivos, proporcionando a las autoridades investigadoras información identificativa precisa y verificable sobre los participantes en transacciones sospechosas. La obligación de conservar registros históricos completos permite reconstruir cadenas transaccionales complejas, facilitando la prueba del elemento objetivo del tipo penal –conversión o transmisión de bienes de origen ilícito– y proporcionando indicios robustos sobre el elemento subjetivo.

2. **Delitos contra la Hacienda Pública**

La adquisición de criptomonedas mediante cupones o efectivo constituye, desde una perspectiva jurídico-penal, una operación en principio neutra que no implica, por sí misma, la comisión de infracción alguna. Sin embargo, esta neutralidad se ve alterada cuando dicha operación se convierte en un medio comisivo integrado en una conducta delictiva de mayor entidad (77).

En primer lugar, la compra de bitcoin puede formar parte del *iter criminis* cuando se orienta deliberadamente a la defraudación tributaria conforme al artículo 305.1 del Código Penal. Esta modalidad delictiva comprende la elusión del pago de tributos, la obtención indebida de devoluciones o el disfrute fraudulento de beneficios fiscales, siempre que se supere el umbral de ciento veinte mil euros por cada tributo y período impositivo (78). Por tanto, en la práctica, la mera compra de

(77) En el ámbito de las obligaciones tributarias, la omisión deliberada de declarar plusvalías derivadas de operaciones de *trading*, *staking* o *swap* con bitcoin de procedencia anónima constituye delito fiscal cuando la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas supera los ciento veinte mil euros en el ejercicio correspondiente, siendo de aplicación el artículo 305.1 del Código Penal. Asimismo, cuando se canalizan ventas sin factura hacia monederos no custodiados con el propósito de eludir la repercusión o ingreso del Impuesto sobre el Valor Añadido, o cuando se reduce artificialmente la base imponible del Impuesto sobre Sociedades mediante la llevanza de doble contabilidad, concurre igualmente el tipo del artículo 305.1 del Código Penal. En estos últimos supuestos, si además se han confeccionado libros contables ficticios, resulta de aplicación concurrente el artículo 310 del Código Penal, que sanciona específicamente los delitos contables. Una vez consumado el delito fiscal, la conversión posterior de los fondos defraudados a *bitcoin* u otros criptoactivos orientados a garantizar la privacidad, con el objetivo de ocultar las rentas o el patrimonio ilícitamente obtenido, configura un delito de autoblanqueo de capitales conforme al artículo 301.1 del Código Penal. Esta conducta se distingue del delito fiscal originario por perseguir no ya la defraudación tributaria en sí, sino la ocultación de los efectos derivados de aquella.

(78) Como hemos estudiado ya, también puede servir para ocultar el origen ilícito de recursos o encubrir rentas y activos derivados de un delito fiscal

bitcoin con cupones no genera por sí un delito fiscal –no hay tributo devengado en ese acto–, pero es parte de un *iter criminis* si la intención es iniciar una cadena de opacidad que concluya en fraude. Así, un empresario que desvía ingresos en efectivo de su negocio, los convierte en bitcoin anónimo y así no los contabiliza ni tributa por ellos, estaría cometiendo delito fiscal (79). Los delitos fiscales conllevan penas de prisión de 1 a 5 años (80) y multa del tanto al séxtuplo.

En cuanto al marco punitivo, el tipo base del artículo 305.1 del Código Penal establece una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuota defraudada. No obstante, concurren modalidades agravadas conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 305.1 y en el artículo 305.2 del mismo cuerpo legal cuando, entre otras circunstancias, la cuantía defraudada excede de seiscientos mil euros, se emplean personas o entidades interpuestas, se utilizan territorios calificados como paraísos fiscales o la conducta se desarrolla mediante organización criminal o presenta especial complejidad técnica. El ordenamiento penal prevé, asimismo, una cláusula de salida mediante la institución de la regularización tributaria. Conforme al artículo 305.4 del Código Penal, la regularización completa y veraz efectuada con anterioridad a la iniciación de actuaciones por parte de la Administración Tributaria extingue la responsabilidad penal. Si la regularización se produce con posterioridad al inicio de dichas actuaciones, el contribuyente puede beneficiarse de la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, si bien en este caso no opera la exención completa de responsabilidad (81).

---

previamente consumado, configurándose así, como una conducta de autoblanqueo de capitales según lo previsto en el artículo 301.1 del Código Penal. Finalmente, la conversión de activos a criptomonedas puede perseguir la frustración de la ejecución de deudas ya exigibles mediante el trasvase patrimonial, constituyendo en tal caso un delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 257 del Código Penal.

(79) Y posiblemente blanqueo, por ser dinero de un delito fiscal, con la mencionada consideración de la directiva AML penal.

(80) Agravado hasta seis si la cuantía sobrepasa los seiscientos mil euros.

(81) Cabe añadir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado esta cláusula de forma restrictiva, exigiendo que la regularización sea espontánea, íntegra y previa a cualquier requerimiento administrativo. En este sentido, la STS 1235/2021, de 17 de marzo, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, constituye un pronunciamiento relevante en la interpretación del delito contra la Hacienda Pública previsto en el artículo 305 del Código Penal. En esta resolución, el Alto Tribunal aborda el alcance de la regularización tributaria y su incidencia sobre la existencia del delito, especialmente en relación con la presentación de autoliquidaciones por parte del contribuyente. La sentencia establece de forma clara que la mera presentación de autoliquidaciones no excluye por sí sola la

Hay que poner en relación el artículo 310 CP, que tipifica como delito la obstrucción a la labor inspectora de la Administración, lo que puede concurrir como delito conexo en casos de ocultación activa de información tributaria, especialmente cuando se emplean estructuras opacas o criptoactivos sin trazabilidad.

Cabe mencionar también el delito de alzamiento de bienes (artículo 257 CP), que se comete cuando alguien oculta o sustrae sus bienes para evitar atender responsabilidades económicas. Convertir todo el patrimonio en bitcoin y alegar insolvencia podría calificarse de alzamiento si hay voluntad de frustrar la acción de cobro de Hacienda o de otra administración. Por analogía, la jurisprudencia ha perseguido a quienes vacían cuentas y esconden dinero para no pagar multas o sanciones. Si bien el alzamiento suele requerir un acto concluyente de frustración de un embargo o ejecución, la transferencia de activos a criptomonedas en paraísos digitales podría ser vista como tal acto (82).

Por último, mencionar que, si se tratase de fondos procedentes de subvenciones o ayudas, la evasión sería delito de fraude de subvenciones del artículo 308 CP, si superase ciento veinte mil euros.

---

existencia de defraudación tributaria, si concurren otros elementos que acreditan el dolo del sujeto activo. Es decir, el hecho de que el contribuyente haya presentado declaraciones o autoliquidaciones no implica automáticamente que haya actuado de buena fe, ni que se haya excluido la voluntad defraudatoria. El Tribunal subraya que debe valorarse el conjunto de circunstancias del caso, incluyendo la ocultación de ingresos, la utilización de estructuras opacas, la simulación de operaciones o la falta de veracidad en los datos declarados. Este criterio jurisprudencial refuerza la tesis de que la regularización tributaria solo puede operar como excusa absolutoria (artículo 305.4 CP) cuando se realiza de forma completa, veraz y espontánea, y antes del inicio de actuaciones administrativas. Si la regularización se produce una vez iniciadas dichas actuaciones, puede dar lugar a la atenuante de reparación del daño (artículo 21.5 CP), pero no extingue la responsabilidad penal. En este contexto, la presentación de autoliquidaciones incompletas, tardías o estratégicamente orientadas a evitar la sanción penal puede ser considerada como insuficiente para excluir el dolo, especialmente si se demuestra que el contribuyente tenía conocimiento del fraude y actuó con intención de eludir el pago de tributos. Este enfoque ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en otras resoluciones, consolidando una doctrina que prioriza la veracidad y la espontaneidad sobre la mera formalidad de la declaración tributaria.

(82) En relación con esta figura, Navarro Cardoso ha destacado que el carácter pseudoanónimo del bitcóin y la dificultad para trazar el origen de los fondos pueden encajar plenamente en el tipo penal de blanqueo, al permitir ocultar la procedencia ilícita mediante mecanismos digitales que fragmentan el rastro económico. El autor subraya que la criptomoneda «ha transformado el modus operandi clásico del delito económico, desdibujando los elementos clásicos del iter criminis». Navarro Cardoso, F., «Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-14, 2019, pp. 1-45.

Verbigracia, cuando se recibe una subvención pública y en vez de aplicarla la convierte en bitcoin para desviar su uso, defraudando su finalidad.

3. **Delitos por uso fraudulento de medios de pago**

Existen figuras penales que podrían activarse colateralmente. La LO 11/2022, en transposición de la Directiva 2019/713, reformó el CP para tipificar el uso ilícito de tarjetas, cheques de viaje u otros instrumentos de pago distintos del efectivo (83). Si alguien utiliza tarjetas de crédito robadas o datos de pago ajenos para comprar cupones de bitcoin en línea (84), podría cometer estafa informática o fraude en medios de pago. Esto no es inherente al medio no rastreable, pero es una modalidad delictiva: comprar criptoactivos con tarjetas robadas para rápidamente obtener un valor difícil de rastrear. La policía ha investigado casos así dentro del cibercrimen.

Asimismo, la falsificación de cupones o tarjetas sería otro delito: falsificar un *voucher* prepagado para intentar canjearlo podría encajar en falsedad en documento mercantil o en estafa, según el caso. También, si se organiza la venta de cupones fraudulentos (*scams*) se incurriría en delitos de estafa masiva.

4. **Infracciones administrativas y tributarias**

No todos los incumplimientos conllevan delito; de hecho, la mayoría son infracciones administrativas sancionables con multas. En materia tributaria, si la cuota defraudada no supera ciento veinte mil euros, la conducta de no declarar ganancias de criptoactivos o no declarar bienes en el extranjero se queda en infracción. De este modo, una persona que omitió declarar diez mil euros de ganancia por venta de bitcoin será sancionada con multa del cincuenta al ciento cincuenta por ciento de la cuota defraudada (85). Si además se detecta que usó mecanismos fraudulentos (86), la infracción puede calificarse de grave o muy grave.

Una infracción específica introducida por Ley 11/2021 es la de no presentar en plazo las declaraciones informativas de

(83) Artículo 248 y siguientes en relación con estafas informáticas.

(84) Algunos sitios web vendían *vouchers* de cripto pagables con tarjeta.

(85) Artículo 191 LGT, según haya o no requerimiento previo.

(86) Ad exemplum: documentos falsos, testaferros para que realicen la técnica del «pitufeo».

criptomonedas. La normativa prevé multas fijas por dato omitido o erróneo. Originalmente se barajaban sanciones durísimas (87), pero tras la sentencia del TJUE, se redujeron: actualmente la sanción por no presentar el 721 es de ciento cincuenta euros por dato con un mínimo de diez mil euros, o doscientos cincuenta euros por dato si es requerimiento, con mínimo de quince mil euros. No obstante, sigue siendo sustancial. Esto es algo a tener en cuenta: si un contribuyente compra bitcoin en el extranjero de forma anónima y no informa, afronta esta posible multa si Hacienda lo descubre –por intercambio de información internacional u otra vía–.

Otra infracción aplicable sería la de resistencia o negativa a requerimientos de información de la AEAT o SEPBLAC. Si un sujeto obligado, verbigracia un *exchange* se niega a identificar a un cliente alegando protección de datos, incurrirá en sanciones muy graves en el régimen PBC (88). Y un particular que ignore un requerimiento de Hacienda para aclarar el origen de unos fondos puede ser multado por desobediencia a la LGT.

IX. DERECHO A LA INTIMIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y OPERACIONES CON CUPONES SOBRE CRIPTOACTIVOS

La cuestión del anonimato es importante en el tema que nos ocupa, pues la motivación para utilizar medios de pago no rastreables es justamente proteger la identidad y el rastro financiero del adquirente de bitcoin. Sin embargo, este legítimo deseo de confidencialidad conflige con imperativos de seguridad jurídica y pública, en particular la prevención de delitos. En este epígrafe analizamos el delicado equilibrio entre el anonimato y la necesidad de trazabilidad, así como aspectos de ciberseguridad inherentes al uso de criptomonedas de forma anónima.

En España no existe un derecho absoluto al anonimato en las transacciones financieras. Si bien la normativa de protección de datos (RGPD) resguarda la información personal, las leyes antiblanqueo establecen excepciones claras: los sujetos obligados deben identificar clientes y conservar sus datos durante al menos diez años (Ley 10/2010, artículo 25), incluso sin el consentimiento del interesado, por mandato

(87) Eran cinco mil euros por dato omitido.
(88) Multas millonarias posibles y hasta revocación de licencia

legal (89). Además, aunque el RGPD exige consentimiento para el tratamiento de datos, contempla excepciones cuando el tratamiento es necesario para cumplir una obligación legal (artículo 6.1.c RGPD). La normativa española se alinea con esta excepción. Desde una perspectiva constitucional, el derecho al secreto de las comunicaciones financieras o al anonimato no está reconocido; más bien, la Ley puede imponer deberes de información por razones de interés general –lucha contra el delito, fraude fiscal–. Por tanto, la persona que pretende permanecer en la sombra utilizando efectivo y cupones puede estar contraviniendo obligaciones legales si ello implica no atender requerimientos de información –por ejemplo, no presentar el Modelo 721 o mentir a Hacienda sobre el origen de fondos– (90).

No obstante, el anonimato en las transacciones es valorado legítimamente por muchos usuarios de criptomonedas no para delinquir, sino por filosofía –desconfianza hacia el sistema bancario, deseo de autonomía– o para protegerse de eventual inseguridad –por ejemplo, en países con inestabilidad–. En España el anonimato se debe conjugar con la ley: es posible mantener reserva sobre ciertas transacciones, pero siempre con el límite de cumplir las normas. Por ejemplo, un ciudadano puede comprar bitcoin con varios cupones de cien euros sin registrarse y eso puede quedar en la práctica limitado; sin embargo, si esos bitcoines generaran luego ganancias, deberá declararlas, revelando indirectamente la tenencia.

Las empresas que verifican la identidad de los compradores de cupones manejan datos personales sensibles –documentos de identidad, importes comprados, direcciones de criptomoneda–. Estas están sujetas al RGPD y a la Ley Orgánica 3/2018 (LOPDGDD), debiendo tomar medidas para proteger esa información. Un riesgo colateral de la compra «semi-anónima» es que, si el usuario confía en un proveedor poco conocido, sus datos o sus fondos podrían ser comprometidos. Ha habido casos de *exchanges* no regulados que simplemente desaparecieron con los fondos de clientes o de filtraciones

(89) En efecto, el anonimato financiero no está reconocido como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español. La protección de datos (artículo 18.4 CE y RGPD) no ampara el anonimato frente a obligaciones legales de identificación, especialmente en el ámbito financiero.

(90) El Tribunal Constitucional ha admitido que ciertos límites al derecho a la intimidad y a la protección de datos son legítimos si están previstos por ley, persiguen fines constitucionalmente legítimos y son proporcionados. En este caso, la trazabilidad financiera se considera esencial para combatir delitos económicos complejos. Este es el argumento dado en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7 (y ss.), sobre la legitimidad de la cesión de datos tributarios en el marco de la investigación penal.

de datos de usuarios cripto en manos de *hackers*, lo que puede exponer a los titulares a ataques de *phishing* o incluso amenazas físicas.

El anonimato en la adquisición de bitcoin es un arma de doble filo: por un lado, protege al individuo de la exposición de su patrimonio y decisiones –lo cual en general es deseable bajo el prisma de libertades individuales–, pero, por otro lado, puede facilitar actividades ilegales y, aun en usos legítimos, acarrea riesgos –falta de respaldo si algo sale mal, auto-responsabilidad en seguridad–. La legislación actual apuesta claramente por sacrificar parte del anonimato en favor de la seguridad colectiva: las tendencias –MiCA, Travel Rule, registros de usuarios– indican que el espacio para la adquisición realmente anónima se reducirá drásticamente. Solo quedarán nichos fuera de la ley –como los mercados negros en la *darkweb*–, cuyo uso ya implicará de por sí un riesgo penal.

Desde la perspectiva del usuario responsable, la recomendación es equilibrar anonimato y cumplimiento: puede tomar medidas como usar *wallets* propios en lugar de dejar cripto en *exchanges* –lo que mejora anonimato y seguridad de custodia–, pero no debe eludir sus obligaciones fiscales ni legales. Asimismo, es prudente diversificar la exposición de datos: por ejemplo, puede comprar un poco en distintos servicios para no concentrar toda su información en un solo proveedor –limitando daño en caso de brecha de datos–, siempre sin incurrir en fraccionamiento sospechoso. Finalmente, debe mantenerse informado sobre las mejores prácticas de seguridad –2FA, almacenamiento en frío, *backups*– para que la búsqueda de anonimato no termine en pérdida de sus activos por descuido.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Primera

La posibilidad técnica de adquirir *bitcoin* mediante cupones prepagados y otros medios de pago no rastreables no solo es real, sino que resulta cada vez más accesible al público general, evidenciando una demanda creciente de anonimato en las transacciones financieras. Sin embargo, esta operativa se desarrolla en un entorno jurídico en constante evolución que, tanto en el ordenamiento español como a nivel de la Unión Europea, se orienta decididamente hacia la trazabilidad y la transparencia financiera como principios rectores. Lo que en un primer momento pudo percibirse como un vacío o laguna legal que permitía la compra de criptoactivos al margen del ordenamiento jurídico está siendo progresivamente integrado

mediante la entrada en vigor de nueva normativa específica, en especial en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales y la supervisión de los proveedores de servicios de criptoactivos.

Segunda

En el ordenamiento jurídico español, *bitcoin* no se reconoce como moneda de curso legal, sino que se le atribuye la naturaleza de un bien mueble inmaterial, susceptible de propiedad y tráfico lícito. En consecuencia, su compraventa es una actividad legal en España, pero debe observar tanto las reglas generales aplicables a cualquier negocio jurídico como la normativa específica. El Tribunal Supremo, en una sentencia de 2019, contribuyó a perfilar esta calificación jurídica, mientras que en el plano comunitario la Unión Europea, mediante sucesivas Directivas y Reglamentos –sobre todo en sede de blanqueo, aunque el nuevo Reglamento de Mercados de Criptoactivos (MiCA) nos ofrece una regulación de ordenación de sector «industrial»–, ha sentado las bases de un marco regulador unificado que integra a los criptoactivos y a sus proveedores dentro de la legalidad financiera ordinaria, equiparándolos en lo esencial a otros instrumentos y agentes del sistema financiero.

Tercera

Los medios de pago no rastreables –*v.gr.*, los *vouchers* o cupones anónimos–, tradicionalmente asociados a la economía sumergida, se encuentran sometidos a restricciones normativas cada vez más estrictas. La regulación actual ha impuesto umbrales de anonimato muy reducidos –actualmente, por ejemplo, apenas ciento cincuenta euros para las tarjetas prepago anónimas en virtud de la normativa antiblanqueo europea y su trasposición nacional–, junto con la prohibición de ciertos usos. En consecuencia, el margen para adquirir cantidades significativas de bitcoin de forma completamente anónima y lícita, mediante el «puente» de los *vouchers* o cupones, se ha estrechado. Además, cualquier intento de eludir estos límites mediante la fragmentación deliberada de operaciones (el denominado «smurfing» o «pitufeo») no solo genera sospechas de ilegalidad, sino que contraviene expresamente la Ley 10/2010, que prohíbe la división artificiosa de transacciones para sortear los umbrales de diligencia debida, exponiendo al agente a eventuales responsabilidades legales por indicios de blanqueo.

Una vez dentro de internet y del *blockchain* la cosa cambia y se refuerza el control. Entre proveedores de servicios de criptoactivos (CASP), existe la obligación de acompañar todas las transferencias de criptoactivos con información sobre el ordenante y el beneficiario, sin establecer un umbral general de exclusión merced al Reglamento (UE) 2023/1113, si bien el artículo 16 del Reglamento introduce medidas reforzadas cuando las transferencias implican carteras autocustodiadas –self-hosted wallets–. En estos casos, el proveedor debe verificar la identidad del titular de la *wallet* fría si la transferencia supera los mil euros, pero este umbral solo aplica a esa situación específica, no como regla general. A diferencia de la Quinta Directiva AML (UE) 2018/843, que sí contemplaba umbrales de anonimato –ciento cincuenta para tarjetas prepago físicas y cincuenta euros para remotas–, el Reglamento 2023/1113 elimina tales umbrales para las transferencias de criptoactivos entre CASP.

Cuarta

Si bien el empleo de cupones prepagados adquiridos en efectivo permite eludir el registro bancario directo –dejando al comprador en apariencia fuera del radar de los intermediarios financieros tradicionales–, siempre subsiste algún rastro de la transacción, ya sea en la plataforma cripto utilizada para el canje del cupón o en la propia cadena de bloques pública, susceptible de ser analizado *a posteriori*. En la práctica, por tanto, el anonimato nunca es absoluto: la combinación de potentes herramientas de analítica de datos con las obligaciones legales de transparencia termina por vincular las distintas piezas tarde o temprano. Un comprador que inicialmente cree mantenerse en el anonimato por haber empleado efectivo puede, con el tiempo, ser identificado a través de su interacción con *exchanges* regulados (sujetos a la *travel rule* y a realizar suministro de información obligatorio de operaciones sospechosas), mediante los modelos informativos fiscales que revelan tenencias u operaciones con criptoactivos, o incluso en el marco de investigaciones policiales que logren enlazar la información on-chain con datos personales obtenidos de proveedores obligados.

Quinta

El ordenamiento, tanto español como europeo, impone múltiples capas de control sobre la operativa de adquisición anónima de

criptoactivos. En primer lugar, la normativa de prevención del blanqueo de capitales obliga a las plataformas de criptomonedas y demás sujetos obligados a aplicar diligencia debida con sus clientes (*Know Your Customer* o KYC) e informar de actividades inusuales o sospechosas a las autoridades competentes. En segundo lugar, el Derecho penal sanciona con severidad el blanqueo de capitales, incluyendo expresamente el realizado mediante criptoactivos, equiparándolo en gravedad al blanqueo tradicional (artículo 301 y ss. del Código Penal), y prevé agravantes cuando median profesionales o entidades obligadas que facilitan dichas operaciones ilícitas. En tercer lugar, la normativa fiscal exige declarar las rentas y patrimonios en criptomonedas del mismo modo que cualquier otro activo, habiéndose introducido nuevos formularios informativos específicos (modelos 172, 173 y 721, entre otros) para aflorar estos bienes ante la Hacienda Pública. Por último, a nivel de la Unión Europea, mediante directivas y reglamentos recientes, se está armonizando este conjunto de obligaciones en todos los Estados miembros, eliminando así posibles puntos ciegos o lagunas de regulación: ningún país de la UE puede erigirse ya en un refugio normativo, pues todos deben tipificar y perseguir el blanqueo de capitales de forma homogénea y aplicar controles equivalentes sobre los operadores de criptoactivos.

Sexta

En el plano penal, la compraventa anónima de bitcoin se erige en un medio propicio para el blanqueo de capitales ilícitos, motivo por el cual se halla bajo un escrutinio especial. El legislador español ha reforzado la respuesta punitiva frente a estas conductas: el delito de blanqueo de capitales (artículo 301 CP) se castiga con penas elevadas y, en línea con las exigencias europeas (*v.gr.*, Directiva (UE) 2018/1673), se prevén agravantes específicas cuando intervienen sujetos obligados del sector financiero o de criptoactivos que actúan como cómplices o facilitadores, evidenciando una intolerancia absoluta hacia la connivencia de intermediarios. Del mismo modo, el fraude fiscal a gran escala valiéndose de criptomonedas no queda impune: superar los umbrales establecidos configura un delito contra la Hacienda Pública, sin que la naturaleza digital del medio de pago exima de responsabilidad penal. En definitiva, los criptoactivos no constituyen un refugio seguro para delincuentes; por el contrario, se les aplica el rigor de la ley con la misma severidad que si emplearan métodos tradicionales de blanqueo, adaptándose las herramientas investigativas –como el análisis forense de la blockchain, la

cooperación internacional o los requerimientos de información a *exchanges*– para afrontar eficazmente estos nuevos desafíos tecnológicos.

Séptima

En el ámbito tributario, la Agencia Tributaria española ha situado a las criptomonedas entre sus objetivos prioritarios, tal como reflejan sus planes anuales de control más recientes y la introducción de obligaciones informativas específicas. Los contribuyentes deben asumir que Hacienda, directa o indirectamente, llegará a conocer sus tenencias y operaciones en criptoactivos, ya sea mediante los datos aportados por terceros obligados (por ejemplo, *exchanges* que informan de las operaciones de sus clientes mediante el modelo 172) o a través de los deberes de información de los propios contribuyentes (como el modelo 721 para declarar criptoactivos en el extranjero, incorporado por la Ley 11/2021). En caso de detectarse incumplimientos, la Administración Tributaria impondrá sanciones contundentes conforme a la Ley General Tributaria, sin perjuicio de eventuales derivaciones penales si la cuantía defraudada supera los umbrales del delito fiscal. Cabe destacar que, tras ciertas vacilaciones iniciales, hoy existe una claridad normativa considerable sobre el tratamiento fiscal de la mayoría de operaciones con criptomonedas: las ganancias patrimoniales derivadas de su enajenación tributan en el IRPF del mismo modo que las obtenidas con activos tradicionales; los intercambios de criptomoneda por moneda fiduciaria están exentos de IVA (conforme a la jurisprudencia del TJUE desde el caso Hedqvist de 2015, que equiparó estas transacciones a las operaciones financieras con divisas); y los criptoactivos se incluyen en la base del Impuesto sobre el Patrimonio –cuando dicho impuesto resulta de aplicación– al igual que cualquier otro bien. Esta definición legal precisa elimina las posibles excusas de desconocimiento e impele a los contribuyentes a cumplir escrupulosamente con sus obligaciones fiscales en materia de criptoactivos.

Octava

En materia de derecho a la intimidad y protección de datos personales, la búsqueda de un anonimato absoluto en las transacciones con bitcoin se revela no solo inviable, sino incluso peligrosa para el propio usuario; en contraste, un individuo precavido

puede mantener un nivel razonable de pseudoanonimato sin apartarse del marco legal vigente. El ordenamiento jurídico, a través de las normas de protección de datos personales y de excepciones justificadas por la prevención del delito, no pretende eliminar el anonimato legítimo de los particulares, sino evitar su abuso con fines ilícitos; sin embargo, la frontera entre el ejercicio legítimo del derecho a la intimidad financiera y la ocultación maliciosa de actividades es difusa y queda abierta a interpretación. Lo cierto es que la evolución normativa reciente se inclina claramente a favor de la seguridad pública y la trazabilidad: iniciativas legislativas tanto nacionales como europeas (por ejemplo, la ampliación de las obligaciones de identificación de usuarios en el sector cripto y la aplicación de la «travel rule») están reduciendo drásticamente los espacios para el anonimato efectivo en las operaciones con criptoactivos. Queda en el plano del debate ético y de los derechos fundamentales la cuestión de si debería preservarse un margen de anonimato para pequeñas transacciones inocuas –un debate análogo al relativo al uso del dinero en efectivo–, pero por el momento la postura del legislador ha sido la de circunscribir ese margen a lo estrictamente necesario y someter incluso esas transacciones mínimas a una estrecha supervisión.

Novena

Las tipologías delictivas asociadas al uso opaco de criptomonedas son variadas, pero comparten un elemento común: la utilización fraudulenta de estos instrumentos para fines ilícitos. En primer término, sobresale el delito de blanqueo de capitales, pues la opacidad que ofrece el ecosistema cripto puede ser explotada para introducir en el circuito legal fondos de procedencia ilícita (artículo 301 CP), riesgo que ha motivado las especiales cautelas normativas ya mencionadas. Junto a ello, se perfilan los delitos contra la Hacienda Pública cuando se emplean criptoactivos para evadir impuestos a gran escala (artículo 305 CP, punible a partir de una cuota defraudada superior a ciento veinte mil euros anuales); el alzamiento de bienes si se utilizan criptomonedas para sustraer patrimonios de la acción de acreedores o del Fisco (artículo 257 CP); así como posibles estafas vinculadas al uso fraudulento de medios de pago tradicionales en la adquisición de cupones o tarjetas. Es imperativo que tanto los particulares como las empresas conozcan estos riesgos penales y actúen con la debida diligencia para no incurrir –ni siquiera por imprudencia– en conductas que pudieran

encuadrarse en alguna de estas figuras delictivas. En particular, las empresas que operan en el sector de criptoactivos se arriesgan no solo a sanciones administrativas gravísimas (multas millonarias y posibles revocaciones de licencias), sino también a la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica conforme al Código Penal si incumplen de forma grave sus obligaciones de prevención; los individuos, por su parte, se exponen a la privación de libertad y a severas consecuencias patrimoniales cuando traspasan los umbrales que separan la mera infracción administrativa del delito.

Décima

Es factible conjugar el uso innovador de las criptomonedas con el pleno respeto a la legalidad, sin tener que renunciar por completo a ciertas cotas de anonimato o privacidad por parte del usuario. En la práctica, es viable emplear criptoactivos y preservar hasta cierto punto el anonimato, pero siempre dentro de los cauces normativos: ello implica cumplir con las obligaciones de registro y autorización cuando la actividad lo requiera, declarar los rendimientos y tenencias de criptoactivos en los tributos correspondientes, y aceptar los mecanismos de supervisión e información impuestos por las autoridades financieras. Atrás van quedando los tiempos en que el ecosistema «cripto» operaba al margen del ordenamiento como un «lejano oeste» sin ley; en la actualidad, estos activos se han incorporado plenamente al sistema financiero, y los sujetos que actúan en este ámbito –sean empresas o usuarios particulares– deben comportarse con la misma responsabilidad, transparencia y diligencia debida que se exige tradicionalmente a los operadores del sector bancario. Este proceso de normalización regulatoria, propiciado tanto por iniciativas europeas como por desarrollos internos, ha supuesto someter a las criptomonedas y a sus intermediarios a estándares equivalentes a los de los demás instrumentos financieros, con el objetivo de garantizar la estabilidad de los mercados y la confianza del público en este nuevo ecosistema digital.

Corolario

¿Es bueno que los ciudadanos tengan un pequeño margen de anonimato? Actualmente, en las tarjetas prepago lo encontramos en los 150 euros (50 euros en adquisiciones telemáticas) y puede ser

una buena opción dejar esa puerta abierta sin tratar a todos sus usuarios como criminales. Mientras tanto, se pueden centrar los esfuerzos en las grandes operaciones de blanqueo o defraudación. Este equilibrio mantiene el derecho a un mínimo de anonimato financiero a la par que se combaten las operaciones de blanqueo serias. Ahora bien, algunos usuarios podrían pensar en dividir una compra grande de bitcoin en pequeñas porciones para evitar controles. Esta práctica, además de potencialmente constituir indicio de blanqueo, puede ser detectada y ser considerada un todo. La Ley 10/2010 prohíbe la fragmentación artificiosa de operaciones para evitar umbrales de diligencia debida. Por tanto, es aconsejable actuar con transparencia: si se van a comprar cantidades significativas, es preferible pasar por los procedimientos de identificación de una vez, en lugar de arriesgarse a incurrir en sospecha de haber creado una estructura infractora. Reiteramos que es legítimo querer un cierto anonimato; pero para ello, en lugar de recurrir a ilegalidades, el usuario puede tomar medidas: usar monederos «fríos», rotar direcciones para que su historial *on-chain* no sea fácilmente asociable a una única identidad o usar VPNs y redes cifradas (Tor) al realizar transacciones en línea, todo lo cual es legal. Lo que se debe evitar son herramientas expresamente prohibidas o sospechosas. Si se emplean técnicas de anonimato avanzadas –por ejemplo, *atomic swaps* y *zero-knowledge proofs*–, se debe estar consciente de que pueden levantar alertas.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Capaccioli, S.: «Vat & Bitcoin»: *EC Tax Review*, vol. 23, n.º 6, 2014, pp. 361-362.

Casals Fernández, Á.: «Las criptomonedas frente al delito de blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXV, 2022.

Custers, B.; Oerlemans, J.-J.; Pool, R.: «Laundering the Profits of Ransomware: Money Laundering Methods for Vouchers and Cryptocurrencies», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 28, n.º 2, 2020, pp. 121-152.

Díaz Bernardos, A.: «Explorando las huellas digitales de los criptoactivos mediante fuentes abiertas», *Ciencia Policial*, n.º 182, 2024, pp. 271-311. Disponible en: https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/2254-0326/article/view/31816 [consulta: 15 de octubre de 2025].

Ehrke Rabel, T. y Zechner, L.: «VAT Treatment of Cryptocurrency Intermediation Services», *Intertax*, vol. 48, n.º 5, 2020, pp. 498-514.

Fetsyak Senkiv, I.: «Consideraciones sobre la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo mediante los tokens no fungibles (NFT)», *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, n.º 20, 2022, pp. 91-103. DOI: https://doi.org/10.18172/redur.5599 [consulta: 15 de octubre de 2025].

Foley, S.; Karlsen, J. R.; Putniņš, T. J.: «Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity Is Financed through Cryptocurrencies?», The Review of Financial Studies, vol. 32, n.º 5, 2019, pp. 1798-1853, DOI: 10.1093/rfs/hhz015 [consulta: 15 de octubre de 2025]

Jucan Sicignano, G.: «L'acquisto di bitcoin con denaro di provenienza illecita», *Archivio penale*, n.º 2, 2020. Disponible en: https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=2986a7e7-4359-4b5a-a84b-df9a71f580c6&idarticolo=24907 [consulta: 15 de octubre de 2025].

López Martínez, M.: Situación de la regulación de la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo en el marco de los criptoactivos, *Instituto de Estudios Financieros*, 2023. [Consultado el 15 de octubre de 2025]. Disponible en: https://www.iefweb.org/publicacio_odf/situacion-de-la-regulacion-de-la-prevencion-del-blanqueo-de-capitales-y-de-la-financiacion-del-terrorismo-en-el-marco-de-los-criptoactivos/

Miras Marín, N.: «El régimen jurídico-tributario del bitcóin», Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, n.º 406, 2017, pp. 101-136.

— «La determinación de la naturaleza jurídica del bitcoin a la luz de la reciente sentencia 326/2019 del Tribunal Supremo», Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, n.º 51, 2019.

Montesinos Oltra, S.: «La pragmática incoherencia de la calificación de las criptomonedas a efectos tributarios», *Crónica Tributaria*, n.º 183, 2022, pp. 101-136.

Muñoz Marín, A.: «Blanqueo de capitales en los supuestos de tráfico de drogas por el mismo sujeto: el autoblanqueo y el principio non bis in ídem», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 162, 2014, pp. 212-216.

Navarro Cardoso, F.: «Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, 2019. Disponible en: https://revistacriminologia.com/21/recpc21-14.pdf [consulta: 15 de octubre de 2025].

Navas Blánquez, J. J.: El embargo y decomiso de criptomonedas en el Espacio Judicial Europeo. *Revista de Estudios Europeos*, [S. l.], n. Monográfico 1, p. 349-383, 2023. DOI: 10.24197/ree. Monográfico 1.2023.349-383. Disponible en: https://revistas.uva.es/index.php/ree/article/view/7402. [Consulta: 15 de octubre de 2025].

Ness, S.: «VAT/GST Harmonisation Challenges for Digital Assets such as Bitcoin and NFTs in the EU (following C-264/14 Hedqvist)», Journal of Business Economics and Management, 2024.
Nieto Montero, J. J.: «Monedas virtuales en la Directiva 2018/843, su tributación y blanqueo», en *X Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero y IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho penal económico y de la empresa: Ponencias y conclusiones del congreso. El blanqueo en la Unión Europea, su incidencia en el mundo digital y la internacionalización del Derecho penal,* celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, en julio de 2024, València: Tirant lo Blanch, 2025, 2025, pp. 623-624.
Pérez López, X.: «Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo con fines de blanqueo», en Fernández Bermejo (Dir.), *Blanqueo de capitales y TIC: Marco jurídico europeo, modus operandi y criptomonedas,* Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 87.
Tanyushcheva, N.: «Parámetros cuantitativos de la regulación antiblanqueo de capitales», *Análisis Financiero: Ciencia y Experiencia*, vol. 25, n.º 4, 2020, DOI: 10.24891/df.25.4.416 [consulta: 15 de octubre de 2025]
Wang, J.: «A Simplified Tax Regime for Taxing Cryptocurrencies», *Intertax*, vol. 53, n.º 3, 2025, pp. 245-266.

XII. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Dirección General de Tributos, Consulta V0808-20.
Dirección General de Tributos, Consulta Vinculante V1604-18.
Dirección General de Tributos, Consultas V0999-18 y V1481-18.
SAP Asturias (Sección 1.ª) núm. 37/2015, de 30 de abril.
STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-264/14 (Skatteverket v. Hedqvist).
STJUE de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19 (Comisión vs. España).
STS (Sala Penal) 2109/2019, de 20 de junio.
STS (Sala Penal) núm. 326/2019, de 20 de junio.
STS 277/2018, de 8 de junio (Sala Penal).
STS 4217/2018, de 13 de diciembre (Sala Penal).

Informes

FATF – GAFI, *«Virtual Assets Red Flag Indicators of ML/TF»*, Sept. 2020.
SEPBLAC (Servicio Ejecutivo PBC), *«Guía de prácticas en materia de prevención del blanqueo con criptomonedas»*, 2021.

¿Tiene aún sentido el proceso penal?

JORDI NIEVA-FENOLL
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

RESUMEN

El proceso penal está en crisis, teniendo en cuenta las tremendas dificultades probatorias a las que tiene que hacer frente actualmente derivadas de la desautorización científica de los tradicionales interrogatorios y de la presencia de deepfakes*, que irá en aumento. Por otra parte, está quedando anticuada la privación de libertad como contenido principal del sistema de penas, e incluso la propia figura del castigo, que en los tiempos actuales, una vez superada una tradición de venganza y de filosofía tomista, debiera venir sustituido por otras opciones que bajo ningún punto de vista supongan un sufrimiento físico o psíquico para el reo. Estas constataciones abren la puerta a considerar alternativas al proceso penal, que anuncian un futuro probablemente mucho más restaurador, en el que el señalamiento de algunos colectivos de sujetos como potenciales criminales no debiera tener cabida.*

Palabras clave: *interrogatorio, castigo,* deepfake*, justicia restaurativa, mediación, profiling.*

ABSTRACT

The criminal justice system is in crisis, given the tremendous evidentiary difficulties it currently faces as a result of the scientific discrediting of traditional interrogation techniques and the presence of deepfakes, which will only increase. On the other hand, imprisonment as the main component of the penal system is becoming outdated, as is the very concept of punishment itself, which in the current era, once the tradition of revenge and Thomistic philosophy has been overcome, should be replaced by other options that in no way involve physical or psychological suffering for the offender.

These findings open the door to considering alternatives to criminal proceedings, heralding a future that is likely to be much more restorative, in which the designation of certain groups of individuals as potential criminals should have no place.

Keywords: *Interrogation, punishment, deepfake, restorative justice, mediation, profiling.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. El proceso penal actual en la fase de declaración. 1. La inutilidad de los interrogatorios. 2. El problema de los *deepfakes*. 3. Las pequeñas causas. ¿Puede utilizarse la IA?–III. La ejecución penal: ¿hacia una reorientación? 1. El binomio trato digno/reinserción. 2. ¿Tiene aún sentido el castigo?–IV. El futuro. 1. La restauración. 2. La mediación. 3. El *profiling*. 4. ¿Presunción de inocencia?–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Puede sorprender que, a estas alturas, muchos siglos o milenios después (1), nos preguntemos si los procesos penales todavía tienen sentido. Es decir, si realmente necesitamos un instrumento judicial para castigar a alguien, y sobre todo si todavía creemos que tiene sentido castigar, aunque esta última es una pregunta de un recorrido mucho más extenso que el que se abordará en este trabajo. Pero que es preciso al menos formularse.

El hecho es que, como vamos a ver a continuación, con el estado de la ciencia actual hemos descubierto, con bastante claridad, que el proceso posee profundas limitaciones epistémicas que se explicarán después, y que desde luego ponen en cuestión que sea legítimo castigar tras la celebración de un acto que tiene mucho más de intuitivo –e incluso mágico o teológico (2), antropológicamente hablando– que de científico, también en la actualidad. Al final, la confianza en la «experiencia« del juez es, en buena medida, la herramienta princi-

(1) Kootz, A. B., „Der altägyptische Staat. Untersuchung aus politikwissenschaftlicher Sicht», *MENES. Studien zur Kultur und Sprache der ägyptischen Frühzeit und des Alten Reiches*, vol. 4, Wiesbaden 2006, pp. 43 y ss.

(2) Assmann, J., *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, München 1995. Höber-Kamel, G. »Maat – Lebensprinzip und göttliche Norm», *Kemet*, 2/2012., pp. 5 y ss. Lichtheim, M., *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*. Freiburg (Suiza) 1992.

pal del sistema de justicia en el ámbito probatorio (3). Y ello, probablemente, ya no sea del todo admisible, o bien ya no sea admisible en absoluto.

Por otro lado, aunque existe mayor sensibilización social en favor de la rehabilitación (4), una parte muy importante de la población sigue prefiriendo el castigo a la reinserción (5), y estamos siempre situados ante ese binomio sin cuestionar realmente si una de las dos cosas, o las dos, son las que más convienen a nuestra sociedad (6). Al final, el castigo es lo que desea emocionalmente mucha gente, aunque en demasiadas ocasiones no sirva para nada. Por otra parte, la reinserción puede convertirse, como se explicará después, en la creación, más o menos voluntaria, de un reflejo condicionado que pocas veces se analiza desde el terreno filosófico, o más precisamente ético.

Finalmente, nuestra sociedad ya está pensando en otras realidades para hacer frente al fenómeno criminal. Unos tal vez creen más en el camino de la justicia restaurativa (7), mientras que otros, pese a las evidencias en contra (8), estiman que existe un horizonte en la perfilación (9) de los integrantes de la sociedad, a fin de aislar a los

---

(3) Bentham, J., *Traité des preuves judiciaires*, I, 1823, p. 313. Stein, F., *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, pp. 14-15.

(4) Jonson, C. L.; Butler, L. C.; Cullen, F. T., «Public Support for a New Correctional Era Attitudes Towards Punishment, Rehabilitation and Reform in America», en Craig; Dixon; Gannon, *The Wiley Handbook of What Works in Correctional Rehabilitation: An Evidence-Based Approach to Theory, Assessment and Treatment*, 2024.

(5) Cullen, F. T.; Fisher, B. S.; Applegate, B. K., «Public Opinion about Punishment and Corrections», *Crime and Justice*, vol. 27, 2000, pp. 1 y ss.

(6) *Vid*. Capparelli, B., *Dos fins da pena ao fim da pena*, Rio de Janeiro 2025, pp. 13 y ss.

(7) Northcutt Bohmert, M.; Duwe, G.; Kroovand Hipple, N., «Evaluating Restorative Justice Circles of Support and Accountability: Can Social Support Overcome Structural Barriers?», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 62, 3, 2016. De Mesmaecker, V., «Building social support for restorative justice through the media: is taking the victim perspective the most appropriate strategy?», *Contemporary Justice Review*, Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice, vol 13, 2010, 3, pp. 239 y ss.

(8) Boduszek, D., Debowska, A., Sherretts, N., Willmott, D., Boulton, M., Kielkiewicz, K., Hyland, P., «Are Prisoners More Psychopathic than Non-forensic Populations? Profiling Psychopathic Traits among Prisoners, Community Adults, University Students, and Adolescents», Deviant Behavior, 42 (2), 2019, pp. 232 y ss. Greene, H. T., *Race & Crime*, SAGE Publications 2024.

(9) Shah, N.; Bhagat, N.; Shah, M., «Crime forecasting: a machine learning and computer vision approach to crime prediction and prevention». *Visual Computing for Industry, Biomedicine, and Art*, 4, 9, 2021, pp. 1 y ss. Egbert, S.; Leese, M., *Criminal Futures. Predictive Policing and Everyday Police Work*, London 2021. *Vid*. también Gabbidon, S. L.;

delincuentes previendo sus futuros delitos. Está por ver qué papel puede desempeñar la presunción de inocencia en todo lo anterior. Nos ha acompañado muchísimo tiempo en los procesos penales (10), pero muchos siglos después persisten –o incluso aumentan– las reticencias a su uso con este tipo de técnicas, lo que es, pensado fríamente, espantoso.

A continuación se abordará la descripción de un presente incómodo y un futuro incierto, con el objetivo de que, conociendo debidamente la realidad, sea más fácil defender a nuestra sociedad de tendencias agresivas contra los derechos fundamentales.

II. EL PROCESO PENAL ACTUAL EN LA FASE DE DECLARACIÓN

Llevamos muchos siglos celebrando un proceso penal de origen romano-canónico (11) que, una vez superado el sistema inquisitivo y sus brutalidades (12), no se puede decir que socialmente no haya generado una cierta confianza en la sociedad más o menos extendida (13). Lo cierto es que cuando se produce un delito, la gente espera el proceso penal y sus instituciones, por más que, en realidad, lo que suele ansiar es el castigo. Es decir, no se mira hacia el proceso penal como lo que es, o debería ser: un procedimiento para la averiguación de la realidad (14). Al contrario, se confía en que el proceso pase cuanto antes para producir el resultado final deseado. Las conclusiones derivadas de la prueba no parecen interesar, a pesar de que precisamente la búsqueda de la verdad constituyó el origen del proceso judicial entre los egipcios (15).

Lo que es curioso es que ese prejuicio que condiciona el resultado del proceso a través de la intuición sobre los hechos que tenga el juez a su inicio –prejuicio hoy conocido como heurístico de anclaje y

(10) Lara Peinado, *Código de Hammurabi*, 1997, p. 6.

(11) Nörr, K. W., *Romanisch- kanonisches Prozessrecht*, 2012.

(12) Kramer, H.; Sprenger, J., *Malleus Maleficarum*, 1487 (Lyon 1620). SPEE, F, *Cautio Criminalis*, Franfurt 1632.

(13) Simonson, J., «The place of »the people» in criminal procedure», *Columbia Law Review*, vol. 119, n. 1, enero 2019, pp. 249 y ss.

(14) *Vid*. Taruffo, M., *La semplice verità*, Bari 2009, p. 86.

(15) Lichtheim, *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*. cit., p. 18.

ajuste (16)–, puede que tenga una cierta base científica, teniendo en cuenta que los instrumentos probatorios del proceso penal son imperfectos, y ni siquiera se configuran como un análisis que utilice el método científico, salvo en las pruebas periciales. Además, las incertidumbres científicas han aumentado de manera relevante desde inicios del siglo XX, aunque se hayan arrinconado esas incertidumbres como quien esconde el polvo debajo de las alfombras para evitar limpiar en realidad. Bien parece que no se quisiera observar una realidad muy incómoda, puesto que, si se afrontara, podría obligar a cambiarlo absolutamente todo (17).

1. **La inutilidad de los interrogatorios**

Desde siempre, la base de los procesos penales han sido los interrogatorios (18). Durante el período del sistema inquisitivo fueron sustituidos por la suma de testimonios escritos para conseguir una o varias pruebas plenas (19), pero tras la codificación del siglo XIX y la influencia francesa (20) que trajo de Inglaterra los modos de celebración del proceso con jurado (21), el interrogatorio ha sido la pieza probatoria central de cualquier proceso penal (22), lo que sólo ha cambiado últimamente con los documentos electrónicos –grabaciones, datos de tráfico o documentos de operaciones financieras, entre

(16) KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P.; TVERSKY, A., *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982. SAKS, M. J.; KIDD, R. F., «Human information processing and adjudication: trial by heuristics», *Law & Society Review*, vol. 15, n. 1, 1980-1981, p. 123. GARRIDO MARTÍN, E.; HERRERO ALONSO, C., «Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theory of Anchoring by Tversky and Kahneman», en REDONDO; GARRIDO; PÉREZ; BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York 1997, pp. 215 y ss, DE LA FUENTE, I.; ORTEGA, A.; MARTÍN, I.; TRUJILLO, H., «Formal Pattern in Jury Decision Making», también en REDONDO; GARRIDO; PÉREZ; BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York 1997, pp. 199 y ss.

(17) *Vid*. VON LISZT, F. „Strafrecht und Psychologie», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1-1-1902, n. 1, pp. 16-18.

(18) *Vid*. Deuteronomio, cap. 19, vs. 15-21. También Leyes 11 y 13 del Código de Hammurabi.

(19) NÖRR, K. W., *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Tübingen 2012 p. 153.

(20) PRADEL, J., «Le jury en France. Une histoire jamais terminée», Revue internationale de droit pénal, 2001/1, vol. 72, pp. 175 y ss.

(21) BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, t. III, London 1775, pp. 372-373.

(22) VON LISZT, F., „Strafrecht und Psychologie», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1-1-1902, n. 1, p. 18.

otros– y las pruebas periciales (23), cuya importancia actual en el proceso penal es muy alta (24).

Sin embargo, los interrogatorios hace mucho tiempo (25) que se sabe que no sirven para otra cosa que para intentar crear en el juez un marco mental (26), es decir, una atmósfera favorable a la posición de la acusación o de la defensa. No están configurados para que se averigüe la realidad (27), sino que solamente permiten que fiscales y abogados hagan uso de su retórica en defensa de sus posiciones procesales. Más bien parecen los escenarios de un concurso de debates que un método de averiguación de la verdad.

Es sencillo darse cuenta de todo ello si se comparan los métodos de entrevista cognitiva (28) de los auténticos científicos en la materia –los psicólogos del testimonio– con la pantomima que se realiza en los tribunales, y que tiene como único origen el intento de impresionar a un jurado de corte anglosajón que ni siquiera motiva sus veredictos. Es incomprensible que semejante aberración haya conseguido sobrevivir en la actualidad, y sobre todo profesionalizarse, hasta el punto de que muchos piensen que en esos interrogatorios realmente se llega a descubrir la realidad (29), cuando lo único que

---

(23) Faigman, D. L., «The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science», *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 UC *Davis Law Review* 2013, p. 104. Haack, S., *Evidence Matters*, Cambridge 2014, pp. 121 y ss. Dondi, A., «Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 y ss, Auletta, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. Ansanelli, V., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011, Taruffo, M., «Prova scientifica e giustizia civile», en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, Bardi Edizioni, pp. 241 y ss.

(24) *Vid*. artículo 702 de las Federal Rules of Evidence de EEUU.

(25) Nuevamente, Von Liszt, F. „Strafrecht und Psychologie», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1-1-1902, n. 1, pp. 16-18. Más modernamente, Mazzoni, G., *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015. Manzanero, A. L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008.

(26) Tversky, A.; Kahneman, D., «The Framing of decisions and the psychology of choice», *Science*, 211, 1981, (4481), pp. 453 y ss. Johnson-Laird, P. N., «Mental Models and Probabilistic Thinking», *Cognition*, 1994, 50, pp. 189 y ss.

(27) *Cfr.* Wigmore, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston 1904, §1367, p. 1697.

(28) Köhnken, G.; Manzanero, A. L.; Scott, M. T., «Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 y ss. Montanari Vergallo, G.; Marinelli, E.; Mastronardi, V.; Di Luca, N. M.; Zaami, S., «The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework», *International Journal of Law and Psychiatry* 56, 2018, p. 60.

(29) Strömwall, L. A., Granhag, P. A. y Hartwig, M., «Practitioners' Beliefs About Deception» en P. A. Granhag Y L. A. Strömwall (eds), *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, Cambridge University Press 2004, pp. 229 y ss.

se consigue es que un fiscal o un abogado hábiles consigan que su víctima parezca un mentiroso.

Se dio cuenta de ello Von Liszt (30) al realizar un experimento en 1902 cuyos resultados eran evidentes, han sido comprobados muchas veces después (31), y hubieran debido llevar a una reforma radical de los procesos penales. Sin embargo, nada cambió porque, más allá de las resistencias de los profesionales de la justicia, lo cierto es que en aquella época no había prácticamente ninguna alternativa a los interrogatorios del reo, la víctima y los testigos. Ni siquiera existían realmente las entrevistas cognitivas de los psicólogos del testimonio. Suprimir los interrogatorios hubiera significado, en aquella época, el fin de la justicia penal sin dar ninguna alternativa a la represión de la actividad delictiva.

Hoy las cosas son distintas, como va reconociendo poco a poco la doctrina (32). El número de documentos probatorios ha aumentado exponencialmente, como ya se ha dicho, y también lo ha hecho la cantidad y calidad de las pruebas periciales. Hoy sí se pueden celebrar entrevistas cognitivas en condiciones. En este escenario, con una posibilidad infinitamente superior de obtención de indicios a la de antaño, la celebración de interrogatorios no solamente no añade prácticamente nada, sino que puede desorientar la labor de los jueces (33), debiendo quedar limitada la celebración de esos interrogatorios a los casos en que realmente no haya ninguna alternativa probatoria, debiendo ser preferida la entrevista cognitiva de esos testigos clave en aquellos supuestos de insuficiencia probatoria. De ese modo, se reducirá la incidencia de muchísimos prejuicios (34) y dis-

---

(30) Von Liszt, F. „Strafrecht und Psychologie», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1-1-1902, n. 1, pp. 16-18.

(31) Landau, T., «Tainted Memories: Exposing the Fallacy of Witness Evidence in International Arbitration» (The Kaplan Lecture), 17-11-2010, The Hong Kong Club. Se puede encontrar en la web de la International Association of Defense Counsel: https://www.iadclaw.org/assets/1/6/2.2_-_ICCC2022-ExposingtheFallacyofWitnessEvidenceinInternationalArbitration-1.pdf. *Vid*. también Lezak, M. D., «Some psychological limitations on witness reliability», *Wayne Law Review*, 20, 1973-1974, pp. 117 y ss. Dahlgren, A. I., «Between Accuracy and Credibility: The Problem with a Witness», *ITA Review*, 4, 2022, pp. 133 y ss. Köhnken, G.; Manzanero, A. L.; Scott, M. T., «Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 y ss.

(32) Huber, S., «Mündlichkeit und Unmittelbarkeit», *ZZP* 135, 2, 2022, pp. 183 y ss.

(33) Mazzoni, G. *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015, pp. 108 y ss. Sánchez, N.; Manzanero, A., «El engaño en contextos judiciales», *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, 2023, pp. 1 y ss.

(34) Nuevamente, Mazzoni, G. *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015, pp. 108 y ss.

minuirá notablemente el uso de la retórica de los procesos, lo que hará que se gane en cientificidad.

2. **El problema de los *deepfakes***

Pero no todo son buenas noticias. Actualmente, gracias a la inteligencia artificial se ha generado una amenaza de enormes dimensiones para los documentos: los llamados *deepfakes* (35). Se trata de falsificaciones de una calidad variable, pero que en su estado óptimo pueden llegar a representar la realidad como si fueran la realidad misma. Es el caso de fotografías, vídeos, audios o documentos escritos que, sin un análisis pericial, podríamos dar por reales a simple vista.

La posibilidad de elaborar *deepfakes* ha aumentado considerablemente gracias a la IAG en (36). Ya no se trata de dominar el manejo de una herramienta que se encuentre en la web para este fin, sino que otras herramientas más sencillas, como el mismísimo ChatGPT, pueden generar no pocos *deepfakes* con mucha facilidad.

Ante esta realidad, o bien los jueces disponen la inadmisión de cualquier documento sospechoso (37) –lo que puede llevar a la expulsión de la mayoría de documentos de un proceso–, o bien nos podemos ver obligados a celebrar un número abusivo de pruebas periciales verificando cualquier documento de un modo que puede hacer que el proceso devenga impracticable. En cualquier caso, en el futuro hará falta un sistema relativamente rápido y eficiente de descubrimiento de *deepfakes* (38), sobre todo por seguridad jurídica, dado que los documentos son imprescindibles para el tráfico negocial.

Sin embargo, en el proceso penal, dejando de lado muchos de los delitos económicos, los hechos delictivos, o no se documentan, o lo han hecho a través de audios, vídeos, mensajes y datos de tráfico que pueden ser manipulables. Va a ser muy difícil conseguir que los audios o vídeos realizados por un particular con su teléfono móvil, o los vídeos realizados con cámaras de seguridad o con los teléfonos móvi-

(35) Kobis, N., Dolezalova, B., Soraperra, I., Twice, F., «People cannot detect deepfakes but think they can», *iScience*, 19-11-2021.

(36) Babaei, R.; Cheng, S.; Duan, R.; Zhao, S., «Generative Artificial Intelligence and the Evolving Challenge of Deepfake Detection: A Systematic Analysis», *Journal of Sensor and Actuator Networks*, 6-2-2025, 14, 17, pp. 1 y ss.

(37) En España, Sentencia 3/2025 del Juzgado Central de lo Penal n. 1 de 20-2-2025, FD 1.

(38) Cozzolino, D., Pianese, A., Nießner, M., Verdoliva, L., «Audio-Visual Person-of-Interest DeepFake Detection», *IEEE Computer Society Conference on Computer Vision and Pattern Recognition Workshops*, 2023, pp. 943 y ss.

les, u otros artilugios que vengan en el futuro, tengan algún tipo de garantía de verosimilitud, pero será imprescindible que la contengan. Para ello hará falta obligar a los fabricantes en este sentido, a riesgo de que nos quedemos sin la que actualmente es la herramienta más poderosa de descubrimiento de indicios en el proceso penal.

En todo caso, no siempre será posible que ello ocurra, y seguirán existiendo los procesos en los que, habiendo sucedido los hechos de forma íntegramente clandestina, sea imposible encontrar esos apoyos probatorios digitales. En esos casos, podemos seguir haciendo como hasta ahora: confiar en la intuición del juez oyendo interrogatorios. Pero dado que la ciencia casi siempre se acaba imponiendo en la sociedad tarde o temprano, llegará un momento en que la ciudadanía no estará dispuesta a aceptar ese resultado. ¿Qué hacer entonces?

3. **Las pequeñas causas. ¿Puede utilizarse la IA?**

Por último, habrá que afrontar tarde o temprano, por fin de manera decidida, el fenómeno de la pequeña criminalidad, que hace mucho tiempo que preocupa (39) y que ahora se intenta resolver, como veremos después, a través del *profiling*. Por razones de protección del derecho a la intimidad –a mi juicio, una de las bases principales de la democracia (40)–, no podemos llenar de cámaras las calles, y tampoco es realmente practicable el proceso penal para estos pequeños casos tal y como se ha celebrado hasta ahora. Hurtos, pequeños robos con violencia, lesiones de consideración leve, pequeñas estafas, venta en menor escala de estupefacientes, conducción bajo los efectos del alcohol, etc., son habitualmente el objeto de la pequeña criminalidad que colapsa los tribunales con procesos esencialmente superficiales y que, además, acostumbran a llegar tarde. En esos procesos no se suele practicar actuación investigadora alguna, más allá de los vestigios que aporte la policía, y con ellos se suele dictar sentencia, ante la inconsistencia o inutilidad habitual de los interrogatorios.

(39) Weinstein, I., «The adjudication of minor offenses in New York City», Fordham Urb. L. J., 31, 2003-2004, pp. 1157 y ss. Kevin i. Minor. K. I.; Hartmann. D. J.; Terry, S., «Predictors of Juvenile Court Actions and Recidivism», *Crime & Delinquency*, Vol. 43, 3, 1997, pp. 243 y ss. Feeley, M. M., *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York 1979.

(40) Fourth Amendment. U. S. Constitution: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Dado el reiterado automatismo con que se juzgan estos procesos, suelen acabar sin ser juzgados en realidad con sentencias de conformidad (41), o bien, en caso de celebrarse juicio, el mismo acostumbra a ser inútil más allá de la utilización de los prejuicios de cada juez, porque las sentencias suelen basarse exclusivamente, como se ha dicho, en los vestigios policiales. Dichos vestigios configuran unos relatos de hechos que siempre confluyen en análogas conclusiones que permiten dictar sistemáticamente las mismas sentencias, cuyo modelo, además, suele estar ya redactado de antemano para una pluralidad de casos concretos. De hecho, la labor de los abogados en estos casos también suele ser idéntica, con pequeñas adaptaciones a cada situación.

En estos supuestos, la IA puede replicar perfectamente el comportamiento humano del juez, con una velocidad que puede dar la sensación de que excluye la reflexión judicial. Pero hay que ser conscientes de que esta reflexión pocas veces se produce en realidad, más allá de una percepción sociológica sesgada de la apariencia externa de los implicados (42) que, en algunos casos, puede hacer variar la sentencia, lo que hace depender el pronunciamiento de un *aleas* que tampoco es aceptable.

¿Sería mejor prescindir de ese factor humano y utilizar la IA para enjuiciar estos procesos? Con una buena programación de la herramienta, el resultado podría ser un enjuiciamiento sin sesgos, mucho más previsible que el actual. La sociedad no notaría la diferencia, salvo por el salto psicológico y sociológico realmente brutal de aceptar que los delitos son juzgados por una máquina. Pero puede que precisamente la previsibilidad y uniformidad de las sentencias fueran percibidas como un argumento a favor del uso de la IAGen en estos casos (43). De hecho, como se ha dicho, hace muchísimo tiempo que estos procesos no se juzgan de manera individualizada en un modo realmente reflexivo.

Sin embargo, tal vez podría llegar a pensarse que, en estos supuestos, lo que menos importa es el hecho en sí y, en cambio, lo más rele-

---

(41) Blume, J. H.; Helm, R. K., «The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty», *Cornell Law Review*, 100, 2014-2015, pp. 157 y ss. Redlich, A. D.; Domagalski, K.; Woestehoff, S. A.; Dezember, A.; Quas, J. A., Guilty plea hearings in juvenile and criminal court. *Law and Human Behavior,* 46 (5), 2022, pp. 337 y ss. Michel, A., «Absprachen im Strafbefehlsverfahren», *Bucerius Law Journal*, 1, 2023, pp. 41 y ss.

(42) Forza, A.; Menegon, G.; Rumiati, R., *Il giudice emotivo*, Bologna 2017, pp. 101 y ss, 115.

(43) Gabriel, I., «Toward a Theory of Justice for Artificial Intelligence», *Daedalus* 2022, 151 (2), pp. 218 y ss. Giest, S. N.; Klievink, B., More than a digital system: how AI is changing the role of bureaucrats in different organizational contexts, *Public Management Review*, 26, 2, 2024, pp. 379 y ss.

vante es la reinserción del reo y la reparación de la víctima. Quizás sólo entonces se llegue a la conclusión de que el castigo del reo sirve, en realidad, de poco. Lo veremos en el último grupo de epígrafes.

III. LA EJECUCIÓN PENAL: ¿HACIA UNA REORIENTACIÓN?

Justamente avanzando por esa línea de pensamiento, es mucho más factible pensar en una clave que pocas veces se tiene en cuenta (44), porque se suele dar por descontada: el cuestionamiento del castigo como resultado de las sentencias condenatorias.

Hasta el momento, se ha dado por bueno que, partiendo de las teorías de la pena (45), el castigo cumple una misión que se enmarca en los parámetros del sentido difuso que la gente tiene de la «justicia». Se acepta el castigo como retribución porque se considera que es justo que el reo «pague» (46) por lo que ha hecho, como si tuviera una especie de «deuda» con la sociedad. Se considera adecuado, además, que el castigo sirva de elemento disuasorio para la ciudadanía en general, en la línea de la prevención general. En realidad, tanto la retribución como la prevención general buscan la creación de un reflejo condicionado, sea en el reo o sea en la ciudadanía en su conjunto.

También lo busca, de una forma psicológicamente más moderna, la prevención especial (47). Se intenta reinsertar al reo, es cierto, pero en verdad lo que se persigue es la creación del mismo reflejo condicionado a través de la convicción del reo por la vía lenta, haciendo que sustituya el miedo al castigo por la persuasión, que se lleva a cabo para lograr la convicción del reo en torno a ajustar su comportamiento al ordenamiento jurídico. En resumidas cuentas, se considera que esa persuasión es más aceptable que el castigo, aunque también se trate de un castigo en realidad. Sin embargo, en este caso se opina que la pena es una oportunidad para la modificación de la conducta del reo. En el fondo, el resultado final, aunque con estrategia distinta, viene a ser el mismo que

(44) *Vid*. Illuminati, G., *Lectio magistralis. I principi universali del processo penale*, Viterbo 2024, pp. 12-13.

(45) Hörnle, T., «Straftheorien», en Hilgendorf, E.; Kudlich, H.; Valerius, B., *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, 2019, pp. 507 y ss. Más ampliamente en Hörnle, T., *Straftheorien*, 2011. *Vid*. también Walther, S., «Was soll „Strafe»? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems», ZStW 111, 1999, 1, pp. 128 y ss.

(46) Nietzsche, F., *Zur Genealogie der Moral*, Ditzingen 1988 (1.ª ed. 1887), II, 4, p. 53.

(47) Von Liszt, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1897, pp. 76-77.

con el castigo retribucionista, pese a que puede que tal vez más resiliente a largo plazo.

¿Todo ello es legítimo? Con nuestra actual percepción de la libertad, ¿es legítimo el uso del castigo para conseguir que el reo adapte su conducta a lo que la sociedad en general considera adecuado? ¿Es adecuado que todo el sistema penal esté destinado, en el fondo, a la creación de reflejos condicionados similares a los que se producen en la doma de animales? (48)

1. **El binomio trato digno/reinserción**

Actualmente no pueden concebirse castigos que no respeten la dignidad del reo –en la medida en que a día de hoy interpretamos este concepto– y que no estén enfocados a la reinserción. Pero una ulterior vuelta de tuerca a esa afirmación podría ser la siguiente: ¿Es el castigo, cualquier variedad de castigo, compatible con la dignidad? E incluso, podría también preguntarse, ¿es coherente la reinserción con la vida en libertad? Pues bien parece que cuando hablamos de reinserción, estamos, en verdad, intentando que el reo se ajuste, no a lo que él libremente piensa, sino al modo de vivir que la mayoría considera en un momento dado como adecuado, y justamente esa consideración es extraordinariamente variable y hasta volátil (49). Por poner un solo ejemplo que lo ilustre, hace no tantos años ofendía a casi todos observar a una pareja de homosexuales en la vida pública. Hoy ello ya no produce extrañeza en muchos ambientes. Sin embargo, sigue estando mal visto que un ser humano, infringiendo las reglas de la monogamia, se presente con su «amante» en los lugares y con las personas que también frecuenta con su cónyuge. ¿Podría igualmente cambiar un día esa percepción?

Quiero decir con lo anterior que lo que la sociedad considera justo, o simplemente adecuado, es extremadamente efímero. Dentro de las propias confesiones religiosas, las conductas consideradas virtuosas han cambiado muy profundamente a lo largo de los siglos. En la propia fe católica, la penitencia estrictamente física (50) ya no se

(48) *Vid*. Lindsay, W. L., «Punishment by man», en *Mind in the lower animals in health and disease*, vol. 2., Boston 1880, pp. 360 y ss.

(49) Aronson, E., *The social animal*, New York 2012, ROSS, L.; NISBETT, R. E., *The person and the situation*, London 2011.

(50) *Cfr.* Tomás De Aquino, *Summa Theologiae*, I, cuestión 20, artículo 4, cuestión 95, artículo 3, cuestión 113, artículo 6.

defiende (51), igual que ha cambiado la percepción sobre la vida monacal de clausura, siendo observada como más positiva la interacción muy activa del religioso con la sociedad (52). Muchas veces las religiones intentan combatir el relativismo, no siendo realmente conscientes de que su moral también suele ser profundamente relativa si se considera a lo largo del tiempo, incluso en períodos en ocasiones muy breves, como por ejemplo evidencian los contrastes entre *Syllabus Errorum* (1864) (53) y *Rerum Novarum* (1891) (54).

Partiendo de esa base, ¿qué derecho posee una sociedad a intentar modificar el comportamiento de un reo, si puede que en un futuro más o menos lejano considere adecuado lo que hoy está tipificado como delito? Al margen de esta cuestión, demasiado profunda para el presente estudio, la conclusión es que no puede descartarse en absoluto que la mismísima reinserción pueda llegar a ser vista como rechazable en el futuro, como ya se puso en cuestión la idea misma de prisión (55).

Y justamente ello puede hacer cambiar la visión sobre este punto. Quizás en el futuro no se piense en la reinserción, sino más bien en la recuperación de una vida feliz para el reo que sea inofensiva para el resto de la sociedad, aunque no cumpla el reo todas sus normas por discrepar de las mismas. Puede que ese resultado no sea posible cuestionarlo a través del parámetro de la dignidad. Y por ello pudiera ser

---

(51) Catecismo de la Iglesia Católica, II Parte, II Sección, Capítulo II, Art. 4, 1430: *Como ya en los profetas, la llamada de Jesús a la conversión y a la penitencia no mira, en primer lugar, a las obras exteriores «el saco y la ceniza», los ayunos y las mortificaciones, sino a la conversión del corazón, la penitencia interior. Sin ella, las obras de penitencia permanecen estériles y engañosas; por el contrario, la conversión interior impulsa a la expresión de esta actitud por medio de signos visibles, gestos y obras de penitencia (cf Jl 2,12-13; Is 1,16-17; Mt 6,1-6. 16-18). Vid*. también 1438.

(52) Otero, F., «El Papa a las carmelitas descalzas: »Ustedes me enseñan que la vocación contemplativa no lleva a custodiar cenizas»», *Revista Ecclesia*, 18-4-2024.

(53) Error III: La razón humana es el único juez de lo verdadero y de lo falso, del bien y del mal, con absoluta independencia de Dios; es la ley de sí misma, y le bastan sus solas fuerzas naturales para procurar el bien de los hombres y de los pueblos. https://www.filosofia.org/mfa/far864a.htm.

(54) 5. Esto resalta todavía más claro cuando se estudia en sí misma la naturaleza del hombre. Pues el hombre, abarcando con su razón cosas innumerables, enlazando y relacionando las cosas futuras con las presentes y siendo dueño de sus actos, se gobierna a sí mismo con la previsión de su inteligencia, sometido además a la ley eterna y bajo el poder de Dios; por lo cual tiene en su mano elegir las cosas que estime más convenientes para su bienestar, no sólo en cuanto al presente, sino también para el futuro. https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

(55) Foucault, M., *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, New York 1977.

un buen objetivo futuro del proceso penal, en el sentido de que probablemente dejaría de ser polémico, a diferencia de la «reinserción».

2. ¿Tiene aún sentido el castigo?

Desde la anunciada perspectiva, lo que seguramente posee aún menos sentido es el castigo, es decir, el hecho de infligir, de un modo u otro, un daño al reo, siendo la misma privación de libertad un evidente daño, sea necesario o no. Después de lo ya indicado, tal vez no sea necesario argumentarlo mucho más, pero detengámonos un momento en esta cuestión, dado que es posible que tengamos ante nosotros el posible fin de un bestialismo atávico.

Todos los castigos que autoriza el Derecho penal carecen de origen biológico (56), sino que provienen de una ancestral, aunque muy probablemente paulatina, prohibición de la venganza, que tuvo como objetivo poner fin a un mecanismo disuasorio de resolución de conflictos que, a la postre, tenía un enorme potencial para crear más rencillas y disminuir la población (57). El Talión, y antes la lapidación, tuvieron como fin precisamente borrar la venganza de las dinámicas sociales, estableciendo unos castigos que estaban indudablemente basados en esa antigua venganza (58). Así se pasó a infligir a los reos el mismo daño que habían causado o a mesurarlo en penas corporales a través de latigazos, entre otros posibles castigos, posiblemente como consecuencia de la observación de la doma de animales, es decir, de la creación de reflejos condicionados en seres con escasa memoria a largo plazo, pero en los que se podía inducir un comportamiento sistemático para el futuro. En este sentido, es bastante evidente que esas penas corporales, cuando no se basaban en la eliminación del sujeto, podían estar basadas precisamente en ese adiestramiento de animales (59).

Con el tiempo, y no hace tanto, hemos ido sustituyendo esas penas corporales (60) por estancias en prisión, que sin duda también

(56) Riedl, K.; Jensen, K., Call, J.; Tomasello, M., «No third-party punishment in chimpanzees», *PNAS* 27-8- 2012, 109, 37, pp. 14824 y ss.

(57) Boehm, C., «The Natural History of Blood Revenge», in B. Poulsen; J. B. Netterström, eds., Feud in Medieval and Early Modern Europe. Aarhus University Press, 2007, p. 202.

(58) Boehm, C., «Execution within the Clan as an Extreme Form of Ostracism», Social Science Information, 24, 1985, p. 313. Boehm, «The Natural History of Blood Revenge», cit. p. 190.

(59) Lindsay, W. L., «Punishment by man», en *Mind in the lower animals in health and disease*, vol. 2., Boston 1880, pp. 360 y ss.

(60) Beccaria, C. *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. XXVII.

infligen un daño corporal que no provoca un estrés intenso en un momento muy puntual, sino que ocasionan un daño psicológico apreciable a largo plazo (61), en ellos y en los terceros del entorno del preso (62), por mucho que se cumplan los fines de la reinserción (63). El confinamiento no es algo ni mucho menos agradable ni que no deje secuelas. Si no fuera tan –innecesariamente– estricta la dicotomía entre lo físico y lo psíquico, basada probablemente en la separación religiosa entre el cuerpo y el alma, se observaría con mayor claridad esta conclusión. En realidad, el daño de la prisión, aunque sólo sea cerebral, también es físico, siendo el cerebro indudablemente un órgano del cuerpo humano. La prisión inflige daños –al menos– al cerebro (64) de forma similar a como los provoca el consumo excesivo de alcohol al hígado, y al cerebro también (65), por cierto.

Es posible que así, desde esta perspectiva, sea más fácil entender que tenemos que buscar alternativas al castigo. Que no es ya que el –tradicional en muchos países– aumento exagerado de las penas de prisión, por mucho que calme los deseos sociales de venganza, ocasione unos daños que no son aceptables si, efectivamente, decidimos renunciar a todas las penas corporales, es decir, también a las que ocasionan daños en el cerebro. Y se podrá decir, naturalmente, que no toda estancia en prisión es tan perjudicial como se está argumentando en este pasaje, a lo que se podría contestar que tampoco son tan horribles, desde esa perspectiva, diez latigazos. Puede que incluso el impacto en la vida futura de la persona sea menor después de esas heridas en la espalda que tras una estancia en prisión.

En consecuencia, parece urgente ahondar en una perspectiva futura que sea diferente, o incluso muy diferente, de la actual. Lo veremos en el siguiente grupo de epígrafes.

---

(61) Masson, I., «5: Reducing the enduring harm of short terms of imprisonment», en *Critical Reflections on Women, Family, Crime and Justice*. Bristol 2021, pp. 81 y ss.

(62) Parveen, R., «Impact of Imprisonment: Dimensions and Consequences», *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, vol. 6, 7, julio 2017, pp. 59 y ss.

(63) Morgan, R.; Van Horn, S. A.; Maclean, N.; Hunter, J. T.; Bauer, R. L., «The Effects of Imprisonment», en Polaschek, Day, Holin (eds.), *The Wiley International Handbook of Correctional Psychology*, Haboken 2019, pp. 61 y ss.

(64) O'rourke, C., Linden, M. A., Lohan, M., & Bates-Gaston, J., «Traumatic brain injury and co-occurring problems in prison populations: A systematic review». *Brain Injury*, 2016, 30 (7), pp. 839 y ss.

(65) Clive H., «The Neuropathology of Alcohol-Related Brain Damage», *Alcohol and Alcoholism*, Volume 44, 2, marzo-abril 2009, pp. 136 y ss.

IV. EL FUTURO

Cuando se prescinde de la imagen de los castigos del Código penal, se siente una profunda vulnerabilidad. Es como si, de repente, las defensas de la sociedad frente a los criminales hubieran desaparecido, estando las personas honradas y pacíficas a merced de los que no lo son porque ejercen la violencia de uno u otro modo, o engañan o manipulan con impacto patrimonial o, simplemente, con graves consecuencias más genéricas en las vidas de otras personas, como sucede con el delito de falso testimonio. Al final, lo que sanciona el código penal son, sobre todo, muertes, lesiones físicas y psíquicas, sustracciones y daños al patrimonio ajeno, pero también las mentiras, más propias de la noción genérica de «honor», pero que están en la base de las estafas, los fraudes, el falso testimonio, o incluso en cierta medida del tráfico de sustancias ilegales.

¿Qué alternativas pueden quedar, entonces, al castigo? A continuación se explorarán algunas de ellas, pese a que es de esperar de la creatividad humana que, a lo largo de los siglos, entre avances y regresiones, genere algunas nuevas respuestas a los hechos desagradables para la comunidad.

1. **La restauración**

Una de las alternativas que más se han explorado en los últimos años es la de la justicia restaurativa (66). Ha venido inspirada por aquellas situaciones en que el proceso judicial no tiene prácticamente ningún recorrido realista. Cuando ha existido un conflicto armado, con frecuencia es prácticamente imposible saber quién fue el responsable de una muerte o una agresión sexual. Por supuesto, se puede intentar culpabilizar de manera genérica al «enemigo», haciéndole responsable de cualesquiera atrocidades, lo cual solamente encuentra una justificación razonable en el caso de personas situadas en posicio-

(66) De Prada Solaesa, «Justicia transicional en Colombia: el sistema previsto en los acuerdos de paz con las FARC-EP», *Jueces para la Democracia*, n. 85, 2016, pp. 135 y ss. Ferrajoli, L., «Justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz internacional», *Crítica Penal y Poder*, n. 10, 2016, pp. 146 y ss. Ferrajoli, L., «La justicia penal transicional en la Colombia del postconflicto y las garantías de la paz interna», *Jueces para la democracia*, n. 84, 2015, pp. 143 y ss. Rincón, T., *Verdad, justicia y reparación. La* justicia *de la justicia transicional*, Bogotá 2010. AAVV (Rettberg, A. comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá 2005, en: http://www.idrc.ca/EN/Resources/Publications/openebooks/190-6/index.html. *Vid*. también Disposición Adicional 9 de la Ley Orgánica 1/2025 en España.

nes en las que podrían haber evitado esas agresiones. Es justamente la maximización epistémica y, a la postre, probatoria, de ese indicio –ocupar posiciones de control– lo que justifica la relación inferencial con el delito cometido, como sucede en una de las variedades de la teoría del dominio del hecho (67).

Pero resulta excesivo extender esa responsabilidad concreta a cualquier miembro del grupo enemigo, porque no solamente provoca que paguen justos por pecadores, sino que también se hace insostenible desde la perspectiva probatoria al caer de lleno en el tipo de responsabilidad objetiva que se deriva del llamado Derecho penal de autor, más allá de que obliga al reo a aportar pruebas en su defensa en situaciones en que la acusación ni siquiera ha conseguido construir una mínima constelación indiciaria más allá de la pertenencia del reo al enemigo y la constatación de algunas atrocidades, ni mucho menos todas.

En esos casos, el castigo nada resuelve, tampoco para la víctima, porque quizá algún día habrá que abandonar de una vez la atávica idea de que el castigo es una parte de la indemnización de la víctima. Puede que lo haya sido alguna vez en cierta medida, pero en ninguna época de la humanidad le ha devuelto su ojo a un tuerto el hecho de arrancárselo a su agresor.

Justo son esas situaciones de insuficiencia probatoria extrema que vienen acompañadas de la incuestionable condición de víctima del denunciante, aquellas en las que la justicia restaurativa puede tener mayor desarrollo. Consiste en asistir a la víctima económica y psicológicamente sobre todo, ayudándola a restaurar en la medida de lo posible el estado de vida que tuvo antes de la agresión. Pero es justamente en ese segundo terreno, el psicológico, en el que se han desarrollado las iniciativas más interesantes para conseguir compensar o, por qué no decirlo, consolar a la víctima.

Entre otras posibles iniciativas, consistiendo el proceso judicial en su origen (68) en un mecanismo de resolución de conflictos a través de la averiguación de la realidad, y siéndolo todavía de ese modo en la actualidad (69), se ha observado (70) que el descubrimiento de la verdad de los hechos por parte de aquellos que pudieren tener cierto conocimiento, ha acabado, de algún modo, compensando psicológicamente a las víctimas. Saber dónde está un cadáver, o conocer en qué circunstan-

(67) Roxin, K., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin 2022, pp. 67 y ss, 269 y ss.

(68) Assmann, *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, cit. p. 15.

(69) Taruffo, M., «Idee per una teoria della decisione giusta·, en *Verso la decisione giusta*, Torino 2020, p. 360.

(70) Kennedy, R.; Bell, L.; Emberley, J., «Decolonising testimony: On the possibilities and limits of witnessing», *Humanities Research*, vol. XV, n. 3, 2009, pp. 1 y ss.

cias fue asesinado, confirmar que efectivamente está muerto, o incluso tener un diálogo directo con el agresor, es algo que ha aliviado y está aliviando a no pocas personas, más allá de ser una actuación que también ayuda psicológicamente a los reos, dado que víctimas del shock postraumático pueden ser tanto los soldados como las víctimas.

Es posible que en el futuro esos ejemplos tengan recorrido en los procesos penales que, por insuficiencia probatoria, se saldan con absoluciones aun existiendo de manera evidente una víctima. O, aún peor, los casos en los que, por empatía con la víctima, los jueces tergiversan la prueba para obtener una condena donde hubiera debido reinar la presunción de inocencia (71). La losa de la cosa juzgada, además, acaba en muchos casos con la posibilidad de cualquier discusión posterior sobre los hechos, y desde luego suspende la enorme mayoría de posibilidades de averiguación.

En esos casos en que no se puede condenar, por respeto a la presunción de inocencia, pero se ha podido demostrar que existe una víctima, hay que pensar en actuaciones restaurativas (72). No puede ser que una sentencia absolutoria deje a la víctima por mentirosa, o bien una condenatoria abandone a un reo cumpliendo injustamente una pena de prisión. En esos casos hay que centrarse, al menos, en acompañar a la víctima, prestándole la asistencia económica, laboral más en concreto, pero también psicológica que pueda precisar. Hay que ayudarla a encontrar trabajo, un círculo de amistades y aquel bienestar vital que perdió tras la agresión. Y en ello deben empeñarse no solamente las administraciones, sino también los tribunales, cuya misión ya no solamente debe estar centrada en dictar una sentencia, sino también en el señalamiento de estas medidas restaurativas. El tribunal que ha considerado el caso está, además, en óptimas condiciones de realizar ese pronunciamiento, dado que es el que mejor conocerá las circunstancias del caso concreto, sin obligar a la víctima a acudir a más instituciones u organismos en busca de su restauración.

2. **La Mediación**

Otra alternativa a la pena puede ser la mediación (73), que puede ser considerada también una variedad específica de justicia restaura-

(71) *Cfr.* Stumer, A, *The presumption of innocence*, Oxford 2010, pp. 48 y ss.

(72) Walther, S., *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems*, *Strafrecht und Kriminologie*, vol. 15, Berlin 2000.

(73) Dalia, G., «La mediación penal en Italia entre resistencias culturales, herencia inquisidoras y respeto por la garantías fundamentales», *Revista Ius et Praxis*,

tiva. En el ámbito penal puede ser mucho más excepcional que en el civil, pero no por ello hay que dejar de tenerla en consideración. Al fin y al cabo, la mediación es el principal precedente del proceso judicial (74), y sólo se transformó en el mismo cuando probablemente la labor de la comunidad mediadora devino demasiado populista como para compadecerse con la verdad.

Sin embargo, en aquellas épocas es posible que el proceso judicial conservara de manera intensa algo de aquella antigua mediación, al menos en el sentido de intentar avenir a las partes en conflicto (75). Esa función está ausente en gran medida hoy en día de nuestros procesos judiciales, aunque existen intentos de recuperarla, pese a la falta de tiempo que suele aquejar a los tribunales. Al fin y al cabo, igual que en el caso anterior, el juez conoce el conflicto y el ordenamiento jurídico siendo, por tanto, una voz cualificada para intentar acercar a las partes en caso de que sea posible, sin perder su imparcialidad.

Sin embargo, como decía, en el proceso penal esta mediación es mucho más delicada, sobre todo por la gravedad de los hechos acaecidos. Es por ello por lo que puede procederse a la misma solamente con grandes cautelas, como es el examen psicológico de reo y víctima (76) antes de decidir abrir la posibilidad de mediación, averiguando su receptividad a la misma y su posible potencialidad reparatoria. La finalidad es, evidentemente, evitar males mayores o impedir posibles engaños del reo cuya única finalidad pueda ser la evitación falsaria de la pena, lo que puede ocurrir en supuestos de violencia de género, ámbito en el que la mediación, precisamente por eso, suele estar excluida.

Sin embargo, en otros campos delictivos, la mediación puede ser favorable. Por ejemplo, en el caso de pequeñas agresiones (77) o hurtos cometidos por personas muy jóvenes que no conocen a la víc-

---

2021, n.3, pp. 281 y ss. Schneider, S., *Vertraulichkeit der Mediation. Schutz und Grenzen durch das Straf- und Strafprozessrecht*, Bremen 2014.

(74) Nieva Fenoll, J., *El origen de la justicia*, Valencia 2023, pp. 101 y ss. También en lengua italiana: Nieva-Fenoll, J., *Le origini della giustizia*, Bologna 2025, pp. 91 y ss.

(75) *Vid*. Fry, D. P., «Conflict management in cross-cultural perspective,» en F. Aureli y F. B. M. De Waal (eds.) Natural Conflict Resolution, pp. 334–351. Berkeley 2000, p. 334.

(76) Stangl, W., «Strafrechtlich Schuld oder soziale Beziehung», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 39, 1, p. 92.

(77) Schwarzenegger, C.; Thalmann, U.; Zanolini, V., *Mediation im Strafrecht: Erfahrungen im Kanton Zürich Schlussbericht zur kriminologischen Evaluation des Zürcher Pilotprojekts*, Zürich 2005, p. 24.

tima (78), el contacto con la víctima y la percepción del daño causado puede ser reparadora, desde luego más que un castigo que, como ya se ha dicho, ni le producirá provecho a la víctima ni tampoco probablemente al reo, siendo las penas de corta duración potencialmente más criminógenas que las de más larga duración.

3. El *profiling*

De todos modos, lo que está haciendo furor últimamente, especialmente en mentes jóvenes, es algo que en el fondo es bastante antiguo, pero que, en los últimos años, gracias a la ayuda de la inteligencia artificial, se ha hecho más frecuente: la clasificación de los reos en función de sus diversas características personales, físicas o, más ampliamente, sociológicas. Es lo que se conoce con el nombre de *profiling*. Se intenta con ello tanto prever –o predecir– la comisión de delitos (79) como detectar el riesgo de reincidencia en personas ya imputadas (80) o condenadas (81) en un proceso penal.

---

(78) Stangl, W., «Strafrechtlich Schuld oder soziale Beziehung», cit. p. 94.

(79) Brayne, S.; Christin, A.; »Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts», *Social Problems*, vol. 68, 3, agosto 2021, pp. 608 y ss. Sayal, A.; Gupta, A.; Vasundhara, C.; Gupta V.; MAHESHWARI, H. »Crime Detection Using Data Mining Techniques», *2024 Sixth International Conference on Computational Intelligence and Communication Technologies (CCICT)*, Sonepat, India, 2024, pp. 200 y ss.

(80) Entre otros muchos, Engel, C.; Linhardt, L.; Schubert, M., «Code is law: how COMPAS affects the way the judiciary handles the risk of recidivism», *Artif Intell Law* 33, 2025, pp. 383 y ss. Wang, C.; Han, B.; Patel, B. *et al.*, «In Pursuit of Interpretable, Fair and Accurate Machine Learning for Criminal Recidivism Prediction», *Journal of Quantitative Criminology* 39, 2023, pp. 519 y ss. Dressel, J.; Farid, H., «The Dangers of Risk Prediction in the Criminal Justice System.» *MIT Case Studies in Social and Ethical Responsibilities of Computing*, febrero 2021. https://mit-serc.pubpub.org/pub/risk-prediction-in-cj/release/1. TASHEA, J., «Risk-Assessment Algorithms Challenged In Bail, Sentencing And Parole Decisions», *ABA Journal*, Marzo 2017, Http://Www. Abajournal. Com/Magazine/Article/Algorithm_Bail_Sentencing_Parole. Thadaney Israni, E., «When An Algorithm Helps Send You To Prison», *The New York Times*, 26-10-2017, https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html. Klingele, C., «The Promises and Perils of Evidence–Based Corrections», 91 *Notre Dame L. Rev*. 2015 pp. 540 y ss, 561. Corbett-Davies, S.; Pierson, E.; Feller, A.; Goel, S. / HUQ, A., *Algorithmic decision making and the cost of fairness*, 2017, https://arxiv.org/pdf/1701.08230.pdf. Corbett-Davies, S.; Pierson, E.; Feller, A.; Goel, S.; Huq, A., *Algorithmic decision making and the cost of fairness*, 2017, https://arxiv.org/pdf/1701.08230.pdf

(81) Andrés-Pueyo, A.; Arbach-Lucioni, K.; Redondo, S., «The RisCanvi: A New Tool for Assessing Risk for Violence in Prison and Recidivism», en *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, Chichester 2018, p. 259.

Como se ha dicho, la clasificación de las personas con finalidades penales se ha hecho desde hace muchísimo tiempo. Tradicionalmente se distinguía entre linajes (82), razas (83), lugar de residencia (84) o modos de comportarse (85). Justamente con esas bases se han perpetrado no pocos genocidios bien conocidos por la historia, pese a que algunos especialmente graves hayan quedado en el olvido (86). Algunas culturas han llegado a preguntarse incluso si los seres humanos de otra raza realmente lo eran o se trataba simplemente de animales, como sucedió durante un periodo con los indígenas americanos (87). En las obras citadas en este párrafo se hallarán procesos medievales y más modernos de pureza de sangre, intentando eliminar de la sociedad a personas con antecedentes árabes, judíos, o gitanos. Y, desde luego, la persecución de personas con costumbres sexuales distintas al resto, o por su interés por el estudio de la química –la alquimia–, y desde luego se han perseguido a los integrantes de religiones diferentes (88). La misma eugenesia, en época más moderna, buscaba eliminar personas con algún tipo de disfunción genética, con el fin de que el «mal» no se difundiera más. Desde luego, se ha identificado a esas características con el pecado muchísimas veces, y en no pocas ocasiones las religiones se han encargado de elaborar listas de características virtuosas y abominables de las personas. La parábola del «buen samaritano», precisamente, intentaba denunciar esas manías sociales que no eran sino vulgares discriminaciones.

Pues bien, parece que los clasificadores, a pesar de haber sido reiteradamente desautorizados por la ciencia, han encontrado en la inteligencia artificial una nueva aliada. Y además, se aprovechan de la elaboración de estudios auténticamente científicos de psicología de la

---

(82) Díaz Santos, C., «La »sangre impura», limitante social que restringe a los grupos étnicos en la monarquía hispánica. el caso de la Universidad en América», en Yao; Zoungbo, *Mancha, Diásporas y movilidades: perspectivas críticas actuales. África, América-Caribe, Europa, Asia (siglos XV-XXI)*, pp. 219 y ss.

(83) Frindte, W., „Totalitarismus und die „Endlösung», en *Quo vadis, Humanismus? Wie wir unsere Menschlichkeit erhalten können - Historische Kontexte, Psychologische Reflexionen, Judenfeindliche Angriffe*, Wiesbaden 2022, pp. 253 y ss.

(84) White, A. G.; Guikema, S. D.; Logan, T. M., «Urban population characteristics and their correlation with historic discriminatory housing practices», *Applied Geography*, vol. 132, 2021, pp. 1 y ss.

(85) Bristow, J., *Oscar Wilde on Trial. The Criminal Proceedings from Arrest to Imprisonement*, Yale University Press 2022.

(86) Witzens, U., *Helden oder Henker? Die dunklen Seiten der Nationalhelden*, Stuttgart 2022.

(87) Manero Salvador, A., «La controversia de Valladolid: España y el análisis de la legitimidad de la conquista de América», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol 3, n. 2, 2009, pp. 85 y ss.

(88) Sprenger, J., *Malleus maleficarum*, Lyon 1620.

personalidad (89) que precisamente señalan algunos marcadores como factor de riesgo, aunque no de manera sistemática, sino siempre de forma matizable, a estudiar en cada caso concreto, y centrados siempre en la comisión de algunos delitos muy precisos, ni siquiera en todos. De hecho, la perfilación suele utilizarse en este momento en la averiguación de un autor de un hecho delictivo concreto, escudriñando sobre todo en sus patrones conductuales a los fines de reducir el número de personas que pueden haberlo cometido (90).

A día de hoy, debería ya saberse que la búsqueda del «mal» es absurda porque el «mal», teológicamente, puede ser fácilmente explicado como la ausencia de bien, como ya hizo hace mucho tiempo Agustín de Hipona (91). Y más en general, filosófica y sociológicamente, hoy ya sabemos que lo que consideramos «mal» no es más que un consenso social variable en las distintas épocas, pero que no responde a patrones fijos, sino a las opiniones más difundidas y respetadas en una sociedad, como ya se explicó anteriormente (92). Ello, por sí sólo, podría bastar para imposibilitar, o al menos dificultar muchísimo, la búsqueda de marcadores sobre ese «mal», siendo una noción filosófica. El delito no «marca» a su autor, y ello debería ser tenido bien presente.

Sin embargo, ello no basta para renunciar completamente a la perfilación, sobre todo si tenemos evidencia científica de que algunos marcadores, normalmente agrupados, sí son indicativos de la existencia de un riesgo –habitualmente genérico– de violencia. Ello puede servir, no solamente en las labores investigativas a la hora de localizar sospechosos, sino también para decidir las medidas cautelares a adoptar sobre un reo, o incluso a fin de resolver sobre la suspensión, matización o incluso el fin de su pena privativa de libertad. Existen ya experiencias numerosas en este sentido pese a que no dejan de ser polémicas, precisamente por la localización y utilización de algunos marcadores cuya averiguación colide con los derechos fundamenta-

(89) Litinetskaia, M., «Dangerosité, délinquance et passage à l'acte: psychopathologie et predictivité», *Annales Médico-Psychologiques*, 2012. Redondo Illescas, S.; Andrés Pueyo, A., «La Psicología de la delincuencia, y Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia, ambos en: *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, vol. 28, n. 3, 2007 (Ejemplar dedicado a: Predicción de la violencia), pp. 147 y ss, y pp. 157 y ss.

(90) Browning, C. R.; Pinchak, N. P.; Calder, C. A., «Human Mobility and Crime: Theoretical Approaches and Novel Data Collection Strategies», *Annual Review of Criminology*, enero 2021, vol. 4, pp. 99 y ss.

(91) Agustín de Hipona, *Contra los Maniqueos*, cap. 1 y ss. Agustín de Hipona, *Confesiones*, Lib. VII, cap. 12.

(92) Nieva Fenoll, *El origen de la justicia*, cit. pp. 183 y ss.

les (93), sobre todo con el derecho a la intimidad y a la igualdad. Más allá de que muchos de esos marcadores son extraordinariamente subjetivos y ni siquiera están validados empíricamente. Algunos de ellos, de hecho, no son más que prejuicios sobre la noción del mal de cada investigador, y por supuesto provocan sesgos en las investigaciones (94).

Sin embargo, más allá de ello, lo que no puede en ningún caso esa perfilación es sustituir, o ayudar a eludir, la investigación de los hechos y, en consecuencia, la averiguación de los hechos probados. En consecuencia, el futuro no debería consistir en una sustitución del proceso judicial por estas perfilaciones, suponiendo que las personas en las que concurran algunas características están predeterminadas a cometer delitos o, peor aún, que una persona de esas características tuvo que ser el autor de los hechos aunque no se localice un vínculo entre tales hechos y esa persona, más allá de la perfilación. Desde luego, proceder a algo así provocaría que se apartara de la sociedad a algunos sujetos, que ya serían culpabilizados sin haberse comprobado su relación con unos hechos delictivos. Sin duda, ese es el sueño de racistas y clasistas, pero no puede constituir el objetivo de una sociedad democrática que respete los derechos fundamentales.

4. **¿Presunción de inocencia?**

Para concluir, sea cual fuere el futuro que se imagine como alternativa a los procesos penales, nunca debiera dejarse de lado la presunción de inocencia.

La razón es que cualquiera que fuere el sistema que se diseñe para lidiar con los delitos, habrá un actor responsable de los diversos mecanismos en el que deberá concurrir una ausencia de sesgos contrarios al reo (95). Es decir, deberá ser imparcial, y esa es precisamente la garantía que viene llamada a reforzar la existencia de la presunción de inocencia. La antigua norma, que se remonta al Código de Hammurabi (96) y tiene reflejo muy antiguo en otras áreas geográficas (97), ha inten-

(93) Julià Pijoan, M., „*RisCanvi. ¿Un protocolo de discriminación algorítmica?reflexiones desde la legislación y jurisprudencia europea*», en Bueno (ed.), *Justicia y Derecho en datos*, Valencia 2023, pp. 123 y ss.

(94) *Cfr.* Julià Pijoan, M., „*RisCanvi. ¿Un protocolo de discriminación algorítmica?reflexiones desde la legislación y jurisprudencia europea*», cit. pp. 123 y ss.

(95) *Vid*. Kühne, H.-H., *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2010, p. 580.

(96) Ley 1 del Código de Hammurabi.

(97) Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: »*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*» Karlgren, B. »The Book of Documents», *The Museum of Far Eastern Antiquities. Stockholm*, Bull. n. 22, p. 84, inciso 17.

tado luchar contra el prejuicio social de culpabilidad (98), es decir, frente al hecho de que el juez, ya desde un principio, se posicione sin datos en favor de la acusación, es decir, contra el acusado. Tan importante es la norma que fundamentó el estándar máximo de convicción durante la vigencia del sistema legal de valoración de la prueba –*probatio plenissima*– (99) y está en la base directa del moderno *beyond any reasonable doubt* (100). Es decir, en todas las épocas se ha sentido la necesidad de disponer de la presunción de inocencia como clave de bóveda de los procesos penales.

Si algún día, al menos en los casos en que la actividad probatoria sea prácticamente imposible, se articulan nuevos medios de resolución de controversias como los apuntados en los epígrafes anteriores, la presunción de inocencia deberá mantenerse siempre. Es inconcebible que pueda haber un responsable de organizar los diversos mecanismos de justicia transicional que esté predispuesto en contra del reo, o un mediador con el mismo sesgo.

Igual que tampoco es factible que los encargados de realizar, eventualmente, perfilaciones, posean un sesgo parecido al del prejuicio social de culpabilidad (101), fijándose en ciertas características personales, conductuales o ambientales que sólo reflejen una predisposición, es decir, un prejuicio social contra determinados colectivos o ambientes, que se traducen en un sesgo idéntico al que intenta combatir la presunción de inocencia. En resumidas cuentas, lo que ocurre en estos últimos casos es que se tienen determinados marcadores como indicadores de culpabilidad.

En realidad, no cabrá concebir otros medios alternativos al proceso para resolver las situaciones delictivas que no partan de la consideración de los sospechosos como inocentes. Disponer lo contrario significaría orientar y predisponer a toda la sociedad contra esos sospechosos, antes siquiera de empezar a considerar los hechos acaecidos.

---

(98) Nieva-Fenoll, J., «Das Wesen der Unschuldsvermutung», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2/2016, p. 139.

(99) Azón, *Summa Azonis*, lib. III, 1 (De iudicis). 18, 19. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 129.

(100) Withman, J. Q., *The Origins of Reasonable Doubt*, New Heaven 2008, pp. 114 y ss, y 165.

(101) Larson, J; Mattu, S.; Kirchner, L.; Angwin, J., «How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm», *Propublica*, 23-5-2016, https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm.

V. CONCLUSIONES

Quizás haya llegado el día de reconocer que está sumido en una profunda crisis el proceso penal como mecanismo de resolución de conflictos, por muy espectacular que le parezca a la sociedad y más confianza que generen los castigos sobre todo, tal vez más que el propio proceso en sí. No parece tener sentido seguir utilizando un instrumento concebido para averiguar la realidad, pero que constantemente se encuentra con retazos de la misma que no puede descubrir, utilizando incluso medios científicamente inadecuados para ello, pero que sólo es la fuerza de la tradición la que los hace aparentemente defendibles, aunque no lo sean. Observando los juramentos, las promesas, muchos interrogatorios, las penas de prisión y hasta la fe casi ciega en el criterio experiencial del juez, bien podría decirse que estamos arrastrando, aun sin saberlo, un pasado ordálico del que hace mucho tiempo que tendríamos que haber huido, porque carece del más mínimo sentido y, además, provoca daños completamente injustificados, sobre todo a reos y víctimas, sin descartar a toda la sociedad en su conjunto.

Es en ese momento de toma de consciencia cuando se debe abrir la mente a otras alternativas para conseguir que la sociedad no deba padecer las consecuencias de los delitos. En este sentido, la justicia restaurativa y la mediación abren caminos interesantes. Aunque existan no pocas experiencias que cuestionan estas soluciones, el hecho de apartar de la visión el castigo y la celebración del proceso, logrando, pese a ello, la resolución del conflicto, es algo que no se puede dejar científicamente de lado. No es que en este trabajo se proponga la generalización de esos medios alternativos, pero sí su desarrollo en estos momentos iniciales, al menos en situaciones en las que es evidente que el proceso no ha servido o no va a servir, sobre todo cuando desde el principio se identifica claramente una víctima, pero al mismo tiempo concurren unas tremendas dificultades para conseguir la averiguación de la realidad. La verdad que intenta conseguir el proceso, y que es su objetivo principal, no siempre es la respuesta porque, por desgracia, no se puede conseguir en todos los casos.

Finalmente, debe hacerse frente a una deriva reaccionaria de la sociedad que, trasladada al ámbito penal, está intentando promover la identificación preventiva de posibles delincuentes a través de marcadores externos que, teóricamente, conducirían a su detección antes de delinquir. Se trata del enésimo intento histórico de suprimir, ahora por la puerta de atrás, aquellos colectivos a los que, en el fondo, se desearía marginar o incluso, no hay que engañarse, exterminar. No se puede caer,

de ningún modo, en semejantes aberraciones que le dan la espalda a la clave de bóveda del proceso penal: la presunción de inocencia. De lo contrario, de lo reaccionario se pasará a lo autoritario. Y puede que, ya entonces, no sean factibles las soluciones para salir de esa pesadilla.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AAVV (Rettberg, A. comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá 2005, en: http://www.idrc.ca/EN/Resources/Publications/openebooks/190-6/index.html

Agustín de Hipona, *Contra los Maniqueos*, cap. 1 y ss.

— *Confesiones*, Lib. VII, cap. 12.

Andrés-Pueyo, A.; Arbach-Lucioni, K.; Redondo, S.: «The RisCanvi: A New Tool for Assessing Risk for Violence in Prison and Recidivism», en *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, Chichester 2018, p. 259.

Ansanelli, V.: *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011.

Aronson, E.: *The social animal*, New York 2012.

Assmann, J.: *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, München 1995.

Auletta, F.: *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002.

Azón, *Summa Azonis*, lib. III, 1 (De iudicis). 18, 19.

Babaei, R.; Cheng, S.; Duan, R.; Zhao, S.: «Generative Artificial Intelligence and the Evolving Challenge of Deepfake Detection: A Systematic Analysis», *Joournal of Sensor and Actuator Networks*, 6-2-2025, 14, 17, pp. 1 y ss.

Beccaria, C. *Dei delitti e delle pene*, 1764.

Bentham, J.: *Traité des preuves judiciaires*, I, 1823.

Blackstone, W.: *Commentaries on the Laws of England*, t. III, London 1775.

Blume, J. H.; Helm, R. K.: «The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty», *Cornell Law Review*, 100, 2014-2015, pp. 157 y ss.

Boduszek, D.: Debowska, A.: Sherretts, N.: Willmott, D.: Boulton, M.: Kielkiewicz, K.: Hyland, P.: «Are Prisoners More Psychopathic than Non-forensic Populations? Profiling Psychopathic Traits among Prisoners, Community Adults, University Students, and Adolescents», *Deviant Behavior*, 42 (2), 2019, pp. 232 y ss.

Boehm, C.: «Execution within the Clan as an Extreme Form of Ostracism», Social Science Information, 24, 1985, pp. 309 y ss.

— «The Natural History of Blood Revenge», in B. Poulsen; J. B. Netterström, eds.: Feud in Medieval and Early Modern Europe. Aarhus University Press, 2007, p. 202.

BRAYNE, S.; CHRISTIN, A.; «Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts», *Social Problems*, vol. 68, 3, agosto 2021, pp. 608 y ss.

BRISTOW, J.: *Oscar Wilde on Trial. The Criminal Proceedings from Arrest to Imprisonement*, Yale University Press 2022.

BROWNING, C. R.; PINCHAK, N. P.; CALDER, C. A.: «Human Mobility and Crime: Theoretical Approaches and Novel Data Collection Strategies», *Annual Review of Criminology*, enero 2021, vol. 4, pp. 99 y ss.

CAPPARELLI, B.: *Dos fins da pena ao fim da pena*, Rio de Janeiro 2025.

CLIVE H.: «The Neuropathology of Alcohol-Related Brain Damage», *Alcohol and Alcoholism*, Volume 44, 2, marzo-abril 2009, pp. 136 y ss.

CORBETT-DAVIES, S.; PIERSON, E.; FELLER, A.; GOEL, S.; HUQ, A.: *Algorithmic decision making and the cost of fairness*, 2017, https://arxiv.org/pdf/1701.08230.pdf

COZZOLINO, D.: PIANESE, A.: NIESSNER, M.: VERDOLIVA, L.: «Audio-Visual Person-of-Interest DeepFake Detection», *IEEE Computer Society Conference on Computer Vision and Pattern Recognition Workshops*, 2023, pp. 943 y ss.

CULLEN, F. T.; FISHER, B. S.; APPLEGATE, B. K.: «Public Opinion about Punishment and Corrections», *Crime and Justice*, vol. 27, 2000, pp. 1 y ss.

DAHLGREN, A. I.: «Between Accuracy and Credibility: The Problem with a Witness», *ITA Review*, 4, 2022, pp. 133 y ss.

DALIA, G.: «La mediación penal en Italia entre resistencias culturales, herencia inquisidoras y respeto por la garantías fundamentales», *Revista Ius et Praxis*, 2021, n.3, pp. 281 y ss.

DE LA FUENTE, I.; ORTEGA, A.; MARTÍN, I.; TRUJILLO, H.: «Formal Pattern in Jury Decision Making»,

DE MESMAECKER, V.: «Building social support for restorative justice through the media: is taking the victim perspective the most appropriate strategy?», *Contemporary Justice Review*, Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice, vol 13, 2010, 3, pp. 239 y ss.

DE PRADA SOLAESA, «Justicia transicional en Colombia: el sistema previsto en los acuerdos de paz con las FARC-EP», *Jueces para la Democracia*, n. 85, 2016, pp. 135 y ss.

DÍAZ SANTOS, C.: «La «sangre impura», limitante social que restringe a los grupos étnicos en la monarquía hispánica. el caso de la Universidad en América», en YAO; ZOUNGBO: *Mancha, Diásporas y movilidades: perspectivas críticas actuales. África, América-Caribe, Europa, Asia (siglos XV-XXI)*, pp. 219 y ss.

DRESSEL, J.; FARID, H.: «The Dangers of Risk Prediction in the Criminal Justice System.» *MIT Case Studies in Social and Ethical Responsibilities of Computing*, febrero 2021. https://mit-serc.pubpub.org/pub/risk-prediction-in-cj/release/1.

EGBERT, S.; LEESE, M.: *Criminal Futures. Predictive Policing and Everyday Police Work*, London 2021. *Vid.* también Gabbidon, S. L.;

Engel, C.; Linhardt, L.; Schubert, M.: «Code is law: how COMPAS affects the way the judiciary handles the risk of recidivism», *Artif Intell Law* 33, 2025, pp. 383 y ss.

Faigman, D. L.: «The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science», *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 UC *Davis Law Review* 2013, p. 104.

Feeley, M. M.: *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York 1979.

Ferrajoli, L.: «La justicia penal transicional en la Colombia del postconflicto y las garantías de la paz interna», *Jueces para la democracia*, n. 84, 2015, pp. 143 y ss.

— «Justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz internacional», *Crítica Penal y Poder*, n. 10, 2016, pp. 146 y ss.

Forza, A.; Menegon, G.; Rumiati, R.: *Il giudice emotivo*, Bologna 2017, pp. 101 y ss, 115.

Foucault, M.: *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, New York 1977.

Frindte, W.: „Totalitarismus und die „Endlösung«, en *Quo vadis, Humanismus? Wie wir unsere Menschlichkeit erhalten können - Historische Kontexte, Psychologische Reflexionen, Judenfeindliche Angriffe*, Wiesbaden 2022, pp. 253 y ss.

Fry, D. P.: «Conflict management in cross-cultural perspective,» en F. Aureli Y F. B. M. De Waal (eds.) Natural Conflict Resolution, pp. 334–351. Berkeley 2000, p. 334.

Gabriel, I.: «Toward a Theory of Justice for Artificial Intelligence», *Daedalus* 2022, 151 (2), pp. 218 y ss.

Garrido Martín, E.; Herrero Alonso, C.: «Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theory of Anchoring by Tversky and Kahneman», en Redondo; Garrido; Pérez; Barberet, Advances in Psychology and Law, Berlin-New York 1997, pp. 215 y ss,

Giest, S. N.; Klievink, B.: More than a digital system: how AI is changing the role of bureaucrats in different organizational contexts, Public Management Review, 26, 2, 2024, pp. 379 y ss.

Greene, H. T.: Race & Crime, SAGE Publications 2024.

Haack, S.: Evidence Matters, Cambridge 2014, pp. 121 y ss. Dondi, A.: «Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense», Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1996, pp. 261 y ss,

Höber-Kamel, G. «Maat – Lebensprinzip und göttliche Norm», Kemet, 2/2012.: pp. 5 y ss.

Hörnle, T.: «Straftheorien», en Hilgendorf, E.; Kudlich, H.; Valerius, B.: Handbuch des Strafrechts, vol. I, 2019, pp. 507 y ss.

— Straftheorien, 2011.

Huber, S.: «Mündlichkeit und Unmittelbarkeit», ZZP 135, 2, 2022, pp. 183 y ss.

ILLUMINATI, G.: Lectio magistralis. I principi universali del processo penale, Viterbo 2024.

JOHNSON-LAIRD, P. N.: «Mental Models and Probabilistic Thinking», Cognition, 1994, 50, pp. 189 y ss.

JONSON, C. L.; BUTLER, L. C.; CULLEN, F. T.: «Public Support for a New Correctional Era Attitudes Towards Punishment, Rehabilitation and Reform in America», en CRAIG; DIXON; GANNON, The Wiley Handbook of What Works in Correctional Rehabilitation: An Evidence-Based Approach to Theory, Assessment and Treatment, 2024.

JULIÀ PIJOAN, M.: «RisCanvi. ¿Un protocolo de discriminación algorítmica?reflexiones desde la legislación y jurisprudencia europea», en Bueno (ed.), Justicia y Derecho en datos, Valencia 2023, pp. 123 y ss.

KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P.; TVERSKY, A.: Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Cambridge 1982.

KENNEDY, R.; BELL, L.; EMBERLEY, J.: «Decolonising testimony: On the possibilities and limits of witnessing», Humanities Research, vol. XV, n. 3, 2009, pp. 1 y ss.

KEVIN I. MINOR. K. I.; HARTMANN. D. J.; TERRY, S.: «Predictors of Juvenile Court Actions and Recidivism», Crime & Delinquency, Vol. 43, 3, 1997, pp. 243 y ss.

KLINGELE, C.: «THE PROMISES AND PERILS OF EVIDENCE–BASED CORRECTIONS», 91 Notre Dame L. Rev. 2015 pp. 540 y ss, 561.

CORBETT-DAVIES, S.; PIERSON, E.; FELLER, A.; GOEL, S. / HUQ, A.: Algorithmic decision making and the cost of fairness, 2017, https://arxiv.org/pdf/1701.08230.pdf.

KOBIS, N.: DOLEZALOVA, B.: SORAPERRA, I.: TWICE, F.: «People cannot detect deepfakes but think they can», *iScience*, 19-11-2021.

KÖHNKEN, G.; MANZANERO, A. L.; SCOTT, M. T.: «Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 y ss.

KOOTZ, A. B.: „Der altägyptische Staat. Untersuchung aus politikwissenschaftlicher Sicht», *MENES. Studien zur Kultur und Sprache der ägyptischen Frühzeit und des Alten Reiches*, vol. 4, Wiesbaden 2006, pp. 43 y ss.

KRAMER, H.; SPRENGER, J.: *Malleus Maleficarum*, 1487 (Lyon 1620).

KÜHNE, H.-H.: *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2010.

LANDAU, T.: «Tainted Memories: Exposing the Fallacy of Witness Evidence in International Arbitration» (The Kaplan Lecture), 17-11-2010, The Hong Kong Club. https://www.iadclaw.org/assets/1/6/2.2_-_ICCC2022-ExposingtheFallacyofWitnessEvidenceinInternationalArbitration-1.pdf.

LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, 1997.

LARSON, J; MATTU, S.; KIRCHNER, L.; ANGWIN, J.: «How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm», *Propublica*, 23-5-2016, https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm.

LEZAK, M. D.: «Some psychological limitations on witness reliability», *Wayne Law Review*, 20, 1973-1974, pp. 117 y ss.

LICHTHEIM, M.: *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*. Freiburg (Suiza) 1992.

LINDSAY, W. L.: «Punishment by man», en *Mind in the lower animals in health and disease*, vol. 2.: Boston 1880, pp. 360 y ss.

LITINETSKAIA, M.: «Dangerosité, délinquance et passage à l'acte: psychopathologie et predictivité», *Annales Médico-Psychologiques*, 2012.

MANERO SALVADOR, A.: «La controversia de Valladolid: España y el análisis de la legitimidad de la conquista de América», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 3, n. 2, 2009, pp. 85 y ss.

MANZANERO, A. L.: *Psicología del testimonio*, Madrid 2008.

MASSON, I.: «5: Reducing the enduring harm of short terms of imprisonment», en *Critical Reflections on Women, Family, Crime and Justice*. Bristol 2021, pp. 81 y ss.

MAZZONI, G.: *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015.

MICHEL, A.: «Absprachen im Strafbefehlsverfahren», *Bucerius Law Journal*, 1, 2023, pp. 41 y ss.

MONTANARI VERGALLO, G.; MARINELLI, E.; MASTRONARDI, V.; DI LUCA, N. M.; ZAAMI, S.: «The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework», *International Journal of Law and Psychiatry* 56, 2018, p. 60.

MORGAN, R.; VAN HORN, S. A.; MACLEAN, N.; HUNTER, J. T.; BAUER, R. L.: «THE EFFECTS OF IMPRISONMENT», EN POLASCHEK, DAY, HOLIN (eds.), *The Wiley International Handbook of Correctional Psychology*, Haboken 2019, pp. 61 y ss.

NIETZSCHE, F.: *Zur Genealogie der Moral*, Ditzingen 1988 (1.ª ed. 1887), II, 4, p. 53.

NIEVA FENOLL, J.: *El origen de la justicia*, Valencia 2023.

— *Le origini della giustizia*, Bologna 2025.

— «Das Wesen der Unschuldsvermutung«, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2/2016, p. 139.

NÖRR, K. W.: *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Tübingen 2012.

NORTHCUTT BOHMERT, M.; DUWE, G.; KROOVAND HIPPLE, N.: «Evaluating Restorative Justice Circles of Support and Accountability: Can Social Support Overcome Structural Barriers?», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 62, 3, 2016.

O'ROURKE, C.: LINDEN, M. A.: LOHAN, M.: & BATES-GASTON, J.: «Traumatic brain injury and co-occurring problems in prison populations: A systematic review». *Brain Injury*, 2016, 30 (7), pp. 839 y ss.

OTERO, F.: «El Papa a las carmelitas descalzas: «Ustedes me enseñan que la vocación contemplativa no lleva a custodiar cenizas»», *Revista Ecclesia*, 18-4-2024.

PARVEEN, R.: «Impact of Imprisonment: Dimensions and Consequences», *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, vol. 6, 7, julio 2017, pp. 59 y ss.

PRADEL, J.: «Le jury en France. Une histoire jamais terminée», Revue internationale de droit pénal, 2001/1, vol. 72, pp. 175 y ss.

REDLICH, A. D.; DOMAGALSKI, K.; WOESTEHOFF, S. A.; DEZEMBER, A.; QUAS, J. A.: Guilty plea hearings in juvenile and criminal court. *Law and Human Behavior,* 46 (5), 2022, pp. 337 y ss.

REDONDO; GARRIDO; PÉREZ; BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York 1997, pp. 199 y ss.

REDONDO ILLESCAS, S.; ANDRÉS PUEYO, A.: «La Psicología de la delincuencia, y Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia, ambos en: *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, vol. 28, n. 3, 2007 (Ejemplar dedicado a: Predicción de la violencia), pp. 147 y ss y pp. 157 y ss.

RIEDL, K.; JENSEN, K.: CALL, J.; TOMASELLO, M.: «No third-party punishment in chimpanzees», *PNAS* 27-8- 2012, 109, 37, pp. 14824 y ss.

RINCÓN, T.: *Verdad, justicia y reparación. La* justicia *de la justicia transicional*, Bogotá 2010.

ROSS, L.; NISBETT, R. E.: *The person and the situation*, London 2011.

ROXIN, K.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin 2022.

SAKS, M. J.; KIDD, R. F.: «Human information processing and adjudication: trial by heuristics», *Law & Society Review*, vol. 15, n. 1, 1980-1981, p. 123.

SÁNCHEZ, N.; MANZANERO, A.: «El engaño en contextos judiciales», *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, 2023, pp. 1 y ss.

SAYAL, A.; GUPTA, A.; VASUNDHARA, C.; GUPTA V.; MAHESHWARI, H. «Crime Detection Using Data Mining Techniques», *2024 Sixth International Conference on Computational Intelligence and Communication Technologies (CCICT)*, Sonepat, India, 2024, pp. 200 y ss.

SCHNEIDER, S.: *Vertraulichkeit der Mediation. Schutz und Grenzen durch das Straf- und Strafprozessrecht*, Bremen 2014.

SCHWARZENEGGER, C.; THALMANN, U.; ZANOLINI, V.: *Mediation im Strafrecht: Erfahrungen im Kanton Zürich Schlussbericht zur kriminologischen Evaluation des Zürcher Pilotprojekts*, Zürich 2005.

SHAH, N.; BHAGAT, N.; SHAH, M.: «Crime forecasting: a machine learning and computer vision approach to crime prediction and prevention». *Visual Computing for Industry, Biomedicine, and Art*, 4, 9, 2021, pp. 1 y ss.

SIMONSON, J.: «The place of «the people» in criminal procedure», *Columbia Law Review*, vol. 119, n. 1, enero 2019, pp. 249 y ss.

SPEE, F, *Cautio Criminalis*, Franfurt 1632.

SPRENGER, J.: *Malleus maleficarum*, Lyon 1620.

STANGL, W.: «Strafrechtlich Schuld oder soziale Beziehung», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 39, 1, p. 92.

STEIN, F.: *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, pp. 14-15.

STRÖMWALL, L. A.: GRANHAG, P. A. y HARTWIG, M.: «Practitioners' Beliefs About Deception» en P. A. GRANHAG y L. A. STRÖMWALL (eds), *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, Cambridge University Press 2004, pp. 229 y ss.

STUMER, A, *The presumption of innocence*, Oxford 2010, pp. 48 y ss.

TARUFFO, M.: «Idee per una teoria della decisione giusta·, en *Verso la decisione giusta*, Torino 2020, p. 360.
— «Prova scientifica e giustizia civile», en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, Bardi Edizioni, pp. 241 y ss.
— *La semplice verità*, Bari 2009.
TASHEA, J.: «Risk-Assessment Algorithms Challenged In Bail, Sentencing And Parole Decisions», *ABA Journal*, Marzo 2017, Http://Www. Abajournal. Com/Magazine/Article/Algorithm_Bail_Sentencing_Parole.
THADANEY ISRANI, E.: «When An Algorithm Helps Send You To Prison», *The New York Times*, 26-10-2017, https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html.
TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I, cuestión 20, artículo 4, cuestión 95, artículo 3, cuestión 113, artículo 6.
TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D.: «The Framing of decisions and the psychology of choice», *Science*, 211, 1981, (4481), pp. 453 y ss.
VON LISZT, F. „Strafrecht und Psychologie«, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1-1-1902, n. 1, pp. 16-18.
— *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1897.
WALTHER, S.: «Was soll „Strafe«? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems«, ZStW 111, 1999, 1, pp. 128 y ss.
— *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems*, *Strafrecht und Kriminologie*, vol. 15, Berlin 2000.
WANG, C.; HAN, B.; PATEL, B. *et al.*: «In Pursuit of Interpretable, Fair and Accurate Machine Learning for Criminal Recidivism Prediction», *Journal of Quantitative Criminology* 39, 2023, pp. 519 y ss.
WEINSTEIN, I.: «The adjudication of minor offenses in New York City», Fordham Urb. L. J.: 31, 2003-2004, pp. 1157 y ss.
WHITE, A. G.; GUIKEMA, S. D.; LOGAN, T. M.: «Urban population characteristics and their correlation with historic discriminatory housing practices», *Applied Geography*, vol. 132, 2021, pp. 1 y ss.
WIGMORE, J. H.: *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston 1904, §1367, p. 1697.
WITHMAN, J. Q. (2008). *The Origins of Reasonable Doubt*, New Heaven 2008, pp. 114 y ss y 165.
WITZENS, U.: *Helden oder Henker? Die dunklen Seiten der Nationalhelden*, Stuttgart 2022.

PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

El sesgo de automatización en la supervisión humana de sistemas de inteligencia artificial: el riesgo permitido en el nuevo marco normativo europeo

CARLOS TRINCADO CASTÁN
Doctorando en Derecho. Universidad de La Laguna

RESUMEN

La supervisión humana es una de las medidas más relevantes para el control de los riesgos derivados de la introducción de la inteligencia artificial (IA) en la vida social. Uno de los principales desafíos para que la supervisión humana pueda ser efectiva es el sesgo de automatización, la tendencia a confiar de forma rutinaria o por complacencia en el funcionamiento de los sistemas que automatizan un proceso. Cuando se producen daños como consecuencia de la materialización de este riesgo, la responsabilidad penal del supervisor humano vendrá determinada por la configuración de su posición de garante y los límites del riesgo permitido en el ejercicio de sus funciones, presentándose diversos escenarios en función de la posibilidad de aplicar la nueva regulación europea sobre IA.

Palabras clave: *sesgo de automatización, delitos imprudentes, riesgo permitido, diligencia debida, inteligencia artificial, Reglamento de IA.*

ABSTRACT

Human oversight is one of the most relevant measures to control the risks arising from the introduction of artificial intelligence (AI) into social life. One of the main challenges to effective human oversight is automation bias, the tendency to routinely or complacently rely on the operation of systems that automate a process. When harm occurs as a result of the materialisation of this risk, the criminal liability of the human supervisor will be determined by the configuration of his or her position of the supervisor´s position of guarantor, the content of the objective duty of care and the thresholds of permissible risk in the exer-

cise of its functions, with different scenarios arising depending on the possibility of application of the new European regulation on AI.

Key words: *automation bias, negligence crimes, allowed risk, due diligence, artificial intelligence, AI Act*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La regulación de la IA en la Unión Europea. 1. Supervisión humana como medida de gobernanza y control de riesgos. 2. El sesgo de automatización como riesgo de la supervisión humana.–III. La responsabilidad penal derivada del sesgo de automatización: deber objetivo de cuidado y riesgo permitido en la supervisión humana de sistemas de IA. 1. La regulación extrapenal. 2. La *lex artis* en el contexto de la IA. 3. Sesgo de automatización y principio de confianza.–IV. Sesgo de automatización y representación del resultado lesivo.–V. Sesgo de automatización y los comportamientos alternativos conforme a derecho.–VI. Posición de garante y delitos de infracción de deber.–VII. Conclusiones.–VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (en adelante IA) como disciplina científica vio impulsado su desarrollo en la década de 2010 como consecuencia de la aplicación y perfeccionamiento de las técnicas de aprendizaje automatizado (*machine learning*) (1), que se vieron especialmente beneficiadas por un contexto caracterizado por la existencia de una cada vez mayor potencia de computación de los sistemas informáticos y la disponibilidad de datos a gran escala (*big data*) (2). El desarrollo tecnológico de la IA ha dado su siguiente paso en la década de 2020 con los sistemas de IA de uso general, que pueden ser aplicados en una amplia variedad de finalidades y tareas (en lugar de estar

(1) A pesar de que estos avances se han producido en la última década, se basan en teorías y fundamentos desarrollados por la IA como disciplina científica desde mediados del siglo pasado. En particular, los fundamentos teóricos sobre los que se han desarrollado las redes neuronales artificiales datan de los años 60, así como los trabajos sobre la retropropagación y las estrategias de aprendizaje no supervisado hicieron lo propio en los años 80, sin que pudiesen alcanzar estas técnicas su potencial como consecuencia de las limitaciones tecnológicas de la época.

(2) KAUTZ, H. A., «The third AI summer: AAAI Robert S. Engelmore memorial lecture», *AI Magazine*, vol. 43, núm. 1, 2022, p. 111.

confinados a un uso o aplicación específico) (3), de los cuales los modelos fundacionales, en particular los grandes modelos de lenguaje [*Large Language Models*, aunque no limitados a los mismos (4)], han permitido el desarrollo de los sistemas de IA generativa, cuya introducción en el mercado y la vida social ha supuesto una de las mayores irrupciones tecnológicas de las últimas décadas. Sin embargo, está aún por ver si estos avances terminan por cumplir las enormes expectativas que se han generado alrededor de esta tecnología, o si, por el contrario, la disciplina puede volver a estancarse en un nuevo «invierno de la IA» (5).

El vertiginoso desarrollo de la IA en los últimos años tiene asociados potenciales beneficios económicos, medioambientales y sociales en múltiples sectores económicos y actividades de la vida social (6). Al mismo tiempo, se ha venido advirtiendo que su utilización puede generar riesgos y menoscabar intereses públicos y derechos fundamentales (7). La literatura pone de manifiesto la existencia de diversos riesgos asociados al uso de la IA, como los sesgos discriminatorios en su funcionamiento (8) (como resultado del proceso de aprendizaje automatizado, de los datos utilizados para su entrenamiento o por el propio diseño del sistema); la imprevisibilidad en la toma de decisiones derivada de su autonomía (9); la opacidad y la falta de transparen-

(3) No debe confundirse este término con los de inteligencia artificial general (IAG) o IA fuerte (*strong AI*) que hacen referencia a una IA con capacidades de razonamiento general equiparables o que incluso superan a las de los seres humanos. Si bien el desarrollo de sistemas de IA de uso general es uno de los últimos avances de la IA como disciplina y es un paso en la dirección para alcanzar la IAG, existe cierto consenso a la hora de considerar que esta meta no tiene un horizonte temporal definido, ni cercano.

(4) Sobre una taxonomía de las distintas estrategias y aproximaciones técnicas para el desarrollo de sistemas de IA de uso general: *vid.* Triguero, I., *et al.*, «General Purpose Artificial Intelligence Systems (GPAIS): Properties, definition, taxonomy, societal implications and responsible governance», *Information Fusion*, vol. 103, 2024, pp. 6-9.

(5) Lazcoz Moratinos, G., *Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos*, AEPD, Madrid, 2022, p. 2.

(6) Considerando 4 del Reglamento (UE) 2024/1689 de Inteligencia Artificial.

(7) Considerando 5 del Reglamento (UE) 2024/1689 de Inteligencia Artificial.

(8) Valls Prieto, J., «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-27, 2022, p. 4.

(9) Palma Herrera, J. M., «Inteligencia artificial y neurociencia. Algunas reflexiones sobre las aportaciones que pueden hacer al Derecho Penal», Peris Riera, J. M., Massaro, A. (coords.), *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias*, Roma Tre-Press, Roma, 2023, p. 252.

cia de la operativa del sistema (10), o la dificultad para el seguimiento y trazabilidad del proceso de desarrollo y de su funcionamiento, siendo un desafío la detección de errores y la imputación de los mismos a un actor concreto en el ciclo de vida del sistema de IA (conocido este como el problema de las múltiples manos o *many hands problem*) (11), entre otros.

No todos estos riesgos son específicos o exclusivos del ámbito de la IA. Muchos de ellos son riesgos comunes al desarrollo tecnológico en el contexto de la sociedad del riesgo, como la relevancia de los fallos técnicos y su ubicación como riesgos permitidos o penalmente relevantes, la importancia de las decisiones de distribución de riesgos o la producción de daños a largo plazo en los que existe incertidumbre sobre la relación causa-efecto entre el fallo y el resultado (12). Con todo, también existen riesgos específicamente asociados al desarrollo y uso de sistemas de IA derivados de sus características particulares, concretamente los ya señalados en relación con la autonomía en su funcionamiento y sus capacidades de aprendizaje que les permiten fijar nuevos objetivos, distintos de aquellos para los que fueron inicialmente diseñados y programados (13).

II. LA REGULACIÓN DE LA IA EN LA UNIÓN EUROPEA

Como respuesta al intenso desarrollo de la IA en la última década, con el objetivo de aprovechar adecuadamente sus beneficios y establecer garantías frente a los riesgos específicos asociados su uso, se han

(10) Giannini, A., Kwik, J., «Negligence failures and negligence fixes. A comparative analysis of criminal regulation of AI and autonomous vehicles», *Criminal Law Forum*, núm. 34, 2023, p. 54.

(11) Salvadori, I., «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», *Cuadernos de política criminal*, n. 133, mayo 2021, pp. 144-145 y 160.

(12) Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición, Editorial Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 15-17.

(13) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que estas características no están presentes en todos los sistemas de IA, así como que tampoco en todos aquellos en las concurren lo hacen con la misma intensidad. Los estudios relacionados con las implicaciones jurídicas derivadas del uso de sistemas de IA tienden a enfocar sus análisis en torno a una categoría concreta de esta tecnología: los sistemas de IA basados en técnicas de aprendizaje automatizado (*machine learning*), que son a los que habitualmente se asocian las características de opacidad, complejidad, autonomía e imprevisibilidad en su funcionamiento, mientras que otras categorías de sistemas de IA (como los sistemas basados en conocimientos o en modelos lógicos) no presentan estas características o, al menos, no con la misma intensidad y relevancia.

ido sucediendo iniciativas por parte de diversos actores a nivel estatal y supranacional para regular el desarrollo y uso de esta tecnología. Han sido especialmente notables los esfuerzos realizados por distintas entidades supranacionales en el último lustro, que han cristalizado a nivel europeo en el Reglamento de Inteligencia Artificial (Reglamento 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, en adelante el RIA), entre otras iniciativas (14).

El RIA ha sido la norma cuya tramitación ha tenido mayor protagonismo y la que mayor expectación ha generado hasta su aprobación. Si bien este Reglamento no es la primera norma aplicable a sistemas de IA (15), sí que se ha configurado como la primera regulación de carácter transversal aplicable al desarrollo y utilización de la IA, mediante la que se establecen definiciones comunes, un catálogo de obligaciones para los distintos actores de la cadena de valor de los sistemas de IA, así como un sistema institucionalizado de gobernanza y supervisión de su cumplimiento (16). Si bien el RIA entró en vigor el pasado 1 de agosto de 2024, la mayor parte de sus disposiciones no serán aplicables hasta que transcurran dos años desde esta fecha (17).

---

(14) Aunque no será objeto de análisis en este trabajo, cabe destacar también, en el contexto del Consejo de Europa, el Convenio Marco sobre inteligencia artificial y derechos humanos, democracia y Estado de Derecho de 5 de septiembre de 2024.

(15) En la medida que los sistemas de IA pueden ser considerados como sistemas de información, les resulta de aplicación la normativa que los regula, tanto aquella que presenta un carácter general (como el Convenio de Budapest sobre ciberderdelincuencia; o el artículo 22 del RGPD, en relación con el tratamiento automatizado de datos), así como aquella de carácter sectorial (como el Reglamento Europeo de Productos Sanitarios o el Reglamento Europeo de Servicios Digitales). En relación con la aplicación de las normas relativas a los sistemas de información a los sistemas de IA, *vid.* Picotti, L., «Traditional Criminal law categories and AI: crisis or palingenesis? General report», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 94, iss. 1, 2023, p. 15.

(16) El Convenio Marco del Consejo de Europa presenta un enfoque y contenido más limitado y menos exhaustivo que el del RIA, en la medida que no establece obligaciones específicas, más allá de compromisos de los Estados parte para aprobar regulaciones de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Marco. No obstante, este instrumento ha supuesto un importante avance en la regulación de la IA a nivel global, en la medida que países ajenos al contexto europeo como EE. UU. o Japón han participado en su elaboración y, previsiblemente, se sumarán como signatarios, fomentando la adopción de un enfoque armonizado a nivel internacional de esta tecnología que presenta potencial para producir efectos transfronterizos.

(17) Algunos capítulos del Reglamento serán de aplicación antes (a los seis meses, los relativos a los usos y prácticas prohibidas) y otros con posterioridad (a los tres años las disposiciones relativas a los requisitos y obligaciones de los operadores de sistemas de IA de alto riesgo, con el objetivo de dar tiempo a las distintas partes para realizar los preparativos y adaptaciones a la normativa necesarios), conforme a lo dispuesto en el artículo 113 RIA.

El RIA no tiene como objetivo regular la IA como tecnología, sino que, partiendo de un enfoque basado en el riesgo (*risk-based approach*) regula aquellos usos de los sistemas de IA que presentan mayores riesgos para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas (art. 1 RIA), «adaptando el tipo y contenido de las normas a la intensidad y el alcance de los riesgos que puedan generar» (considerando 26 RIA). De este modo, el RIA establece obligaciones más restrictivas para aquellos usos que conllevan mayores riesgos, siendo menos restrictivo o incluso dejando fuera del ámbito de aplicación de la norma aquellas aplicaciones y ámbitos que presenten riesgos bajos o insignificantes, dando lugar a una clasificación cuatripartita: 1) usos y prácticas prohibidas, 2) sistemas de IA de riesgo alto, 3) sistemas de IA de riesgo limitado y 4) sistemas de IA de riesgo bajo o nulo.

El artículo 5 RIA establece un régimen de prohibiciones de desarrollo y despliegue de sistemas de IA para determinados usos y prácticas para los que se presume que suponen un riesgo inaceptable para la sociedad (como el *social scoring*, el reconocimiento biométrico en tiempo real, el uso de sistemas de policía predictiva basadas en el perfilado de personas, etc.)(18).

Respecto a los sistemas de alto riesgo, el artículo 6 RIA clasifica como tales aquellos sistemas de IA que deban ser sometidos a una evaluación de conformidad de acuerdo con determinadas normas comunitarias (recogidas en el Anexo I RIA (19)) o que formen parte de determinados ámbitos (Anexo III RIA (20)), salvo que se demuestre que el concreto sistema de IA no presenta riesgos para la vida, la salud o los derechos fundamentales de las personas, o que no influye en una toma de decisiones de forma significativa (art. 6.3 RIA). Para los sistemas de IA de alto riesgo se establece un conjunto de obliga-

(18) Sin perjuicio de que se prevean excepciones a tales prohibiciones. Por ejemplo, se permite el uso de sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real, bajo determinadas condiciones, para determinados fines de «garantía de cumplimiento del Derecho» (la traducción que se ha utilizado en el RIA para el término anglosajón *law enforcement*).

(19) Destacan aquí los Reglamentos (UE) 2017/745 y 2017/746, sobre productos sanitarios y productos sanitarios *in vitro* respectivamente, la Directiva 2006/42/CE relativa a máquinas.

(20) Destacan aquí los ámbitos de infraestructuras críticas, biometría, garantía del cumplimiento del Derecho y administración de justicia y procesos democráticos. Otros ámbitos considerados de alto riesgo son los de migración, educación, empleo y acceso a servicios privados y públicos esenciales. Como se puede apreciar, a excepción del de infraestructuras críticas, no son ámbitos en los que se vayan a producir lesiones o daños contra la salud o la integridad física, sino que están más bien vinculados a tratos discriminatorios (aunque, de forma indirecta, pueden dar lugar a vulneraciones de la integridad psíquica y moral de las personas).

ciones dirigidas a los distintos actores de la cadena de valor de los sistemas de IA (proveedores, responsables del despliegue, importadores, representantes autorizados, etc.) para su desarrollo, comercialización y despliegue (artículos 8 a 27 RIA).

En cuanto a los sistemas de IA de riesgo limitado (art. 50 RIA), se consideran como tales aquellos diseñados para interactuar con personas físicas (art. 50.1 y.3 RIA) y para la generación o manipulación de contenidos (art. 50.2 y.4 RIA), estableciéndose obligaciones de transparencia dirigidas a garantizar que las personas que interactúen con el sistema sean conscientes de que se trata de una IA, así como el marcado o señalización de que los contenidos han sido generados o manipulados por un sistema de IA, respectivamente.

Todo aquel sistema de IA que no se pueda subsumir en ninguna de las categorías mencionadas se podrá considerar como un sistema de IA de riesgo bajo o insignificante, al menos en el ámbito del RIA. Formalmente podrán ser considerados como sistemas de IA de acuerdo con la definición prevista en el artículo 3 (1) RIA, pero su desarrollo y despliegue no estarán materialmente sujetos a las obligaciones previstas en el RIA, quedando en manos de los distintos actores privados y públicos la creación de códigos de conducta para el sometimiento voluntario a las normas y disposiciones del Reglamento (art. 95 RIA)(21).

1. **Supervisión humana como medida de gobernanza y control de riesgos**

Uno de los principios que se han venido considerando como esenciales desde que se comenzó a debatir acerca de cómo regular la IA es el de su control y supervisión humana, esto es, la necesidad de que los sistemas de IA estén al servicio y bajo el control de, al menos, una persona física(22). Existen diversas formas en las que este control se puede hacer efectivo: desde mecanismos de gobernanza, el establecimiento de requisitos previos a la introducción del sistema de IA en el mercado, obligaciones de seguimiento posterior a la comercialización, etc., pero la principal forma en la que este control se ha considerado

(21) El RIA establece una categoría adicional para los modelos y sistemas de IA de uso general, para los que prevé una regulación específica (artículos 51 a 56 RIA). En esta categoría se pueden incluir los sistemas de IA generativa que se han popularizado en los últimos años, como *ChatGPT*, *Gemini* o *Copilot*.

(22) Los primeros trabajos de la UE relacionados con la regulación de la IA ya hacían referencia a la necesidad de que pudiese ser «controlada y vigilada adecuadamente por seres humanos». *Vid.* Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea, *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019, p. 20.

que se puede hacer efectivo es mediante la supervisión directa del funcionamiento del sistema por una persona o grupo de personas.

Se han propuesto diversos modelos y configuraciones sobre la manera en la que el ser humano puede desarrollar tal supervisión: *human in the loop*, en el que para funcionar el sistema de IA requiere que el humano confirme, acepte o ejecute la acción o recomendación propuesta por el sistema; *human on the loop,* si el sistema puede funcionar y ejecutar las tareas que le sean encomendadas sin intervención de una persona, pero existiendo la posibilidad de que ésta intervenga cancelando o modificando su funcionamiento, y *human out of the loop,* cuando el sistema de IA funciona sin intervención de un ser humano, limitándose la labor del supervisor a realizar una evaluación posterior de su rendimiento y funcionamiento (23).

La relevancia de la supervisión humana como medida de control de riesgos tiene su reflejo en el RIA, siendo uno de los requisitos específicamente previstos para los sistemas de IA de alto riesgo, que deberán estar desarrollados de tal forma que sea posible su supervisión por personas físicas (art. 14.1 RIA), así como deberán estar encomendadas tales labores de supervisión a personas físicas con la competencia, formación y autoridad necesarias para el ejercicio de sus funciones (art. 26.2 RIA). No obstante, esta importancia de la supervisión humana no debe ser utilizada como una justificación para convertir a los sujetos que realicen tales tareas en chivos expiatorios a los que responsabilizar de resultados lesivos e indeseados (24). Por mucho que sean los sujetos que habitualmente estarán más próximos a los riesgos, no siempre serán los que tengan control sobre los mismos o una posibilidad real de controlarlos (25). En este contexto, el Derecho penal puede aportar instrumentos para delimitar cuándo se puede considerar realmente responsable a la persona que realiza las labores de supervisión humana.

El objetivo de la supervisión humana es prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA (así se reconoce expresa-

(23) Harbers, M., Peeters, M. M. M., Neerincx, M. A., «Perceived Autonomy of Robots: Effects of Appearance and Context», en Aldinhas Ferreira, M., Silva Sequeira, J., Tokhi, M., E. Kadar, E., Virk, G. (eds.) *A World with Robots. Intelligent Systems, Control and Automation: Science and Engineering*, Springer, Cham, 2017, pp. 19-33.

(24) Beck, J., Burri, T., «From «Human Control» in International Law to «Human Oversight» in the New EU Act on Artificial Intelligence», *Forthcoming* en Amoroso, D., Santoni de Sio, F. (eds.*), Research Handbook on Meaningful Human Control of Artificial Intelligence Systems*, Elgar, 2023, p. 17. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4236554 (recuperado el 15 de septiembre de 2024).

(25) Paredes Castañón, J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 377

mente en el artículo 14.2 RIA). Sin embargo, en determinados contextos no será posible el desempeño de una supervisión humana efectiva como, por ejemplo, cuando el tiempo disponible para supervisar la decisión no pueda ser asumido por un ser humano (es decir, el tiempo necesario para dar una respuesta es menor que el tiempo que requeriría una persona diligente para realizar el comportamiento necesario (26)) o en los que la información disponible para el operador del sistema sea reducida o esté limitada a la que el propio sistema de IA provee, sin que se pueda acudir a otros instrumentos, herramientas o fuentes de información alternativas (27). Deben tenerse en cuenta, adicionalmente, otros factores que afecten a contextos o sectores específicos. En el ámbito clínico, por ejemplo, se han señalado a este respecto las prácticas de medicina defensiva (28). En aquellos contextos en los que la supervisión humana tenga un papel más limitado, deberán concurrir con mayor intensidad y exigencia las demás verificaciones y medidas de gobernanza cuanto menor sea el nivel de supervisión que se pueda ejercer (29).

Por otra parte, la supervisión del sistema de IA no implica una reducción unilateral de los riesgos, sino que da lugar a la emergencia de otros distintos (30), algunos derivados de la interacción del supervisor con el sistema como consecuencia de defectos en el diseño, desarrollo y entrenamiento del sistema, como la opacidad y la falta de explicabilidad de su funcionamiento; otros, derivados de la ineficacia de los seres humanos como supervisores (31), de entre los cuales destaca el sesgo de automatización, siendo uno de los riesgos que particularmente supone un desafío en el ámbito de la supervisión humana.

2. **El sesgo de automatización como riesgo de la supervisión humana**

El sesgo de automatización se define como el riesgo de que las personas confíen excesivamente en los resultados, propuestas e información que generan los sistemas que permiten la automatización de

(26) Giannini, A., Kwik, J., *op. cit.,* p. 58.

(27) Lazcoz Moratinos, G., *op. cit.*, pp. 26-27.

(28) Verdicchio, M., Perin, A., «When Doctors and AI Interact: on Human Responsibility for Artificial Risks», *Philosophy and Technology*, 2022, vol.35, núm. 11, p. 16.

(29) Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea, *op. cit.*, 2019, p. 20.

(30) Skitka, L. J., Mosier, K. L., Burdick, M., «Does automation bias decision-making?», *International Journal of Human-Computer Studies*, vol. 51, núm. 5, 1999, p. 992.

(31) Giannini, A., Kwik, J., *op. cit.*, p. 58.

tareas y procesos (32). Esta tendencia de las personas a confiar en el funcionamiento de sistemas automatizados se produce incluso en contextos en los que existen otros indicadores o sistemas de ayuda no automatizados, pudiendo llegar las personas a tomar decisiones y actuar en contra de su propio criterio y experiencia (33).

El sesgo de automatización no es un problema exclusivo del contexto de uso de los sistemas de IA, sino que es uno más de los riesgos derivados de la automatización de procesos y viene siendo analizado desde hace décadas, tanto desde una perspectiva regulatoria (34), como en el ámbito de sectores y actividades en los que se ha producido una progresiva automatización de procesos (35) (como, por ejemplo, la aviación, el diagnóstico médico o el uso militar de sistemas de armamento autónomos). La cuestión es que la introducción de sistemas de IA en cada vez más contextos, ámbitos y actividades genera un incremento de los espacios en los que el sesgo de automatización puede tener impacto y relevancia. Sin embargo, son escasas las investigaciones en relación con las implicaciones penales específicas del sesgo de automatización (36), limitándose habitualmente su cita como uno de los factores de riesgo relacionados con el uso de sistemas de IA.

Las causas del sesgo de automatización son diversas: desde las limitaciones cognitivas de los seres humanos, que tendemos a optimizar esfuerzos en la toma de decisiones (*cognitive laziness*); el «acomodamiento social» (*social loafing) y* la «difusión de responsabilidad» *(diffusion of responsibility)* que, de forma similar a cuando las personas trabajan en equipo con otras, tienden a reducir su diligencia y a repartir la carga de la responsabilidad con el sistema automatizado; y, por último, la denominada «autoridad de los computadores» (*authority of computers)*, la tendencia de las personas a percibir los sistemas informáticos como entidades con mayores capacidades que las suyas propias (37).

Este conjunto de causas puede dar lugar, de manera individual o concurriendo de forma simultánea, a errores por parte del sujeto que

(32) Coco, A., «Exploring the Impact of Automation Bias and Complacency on Individual Criminal Responsibility for War Crimes», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 21, núm. 5, 2023, p. 1078.

(33) Skitka, L. J., Mosier, K. L., Burdick, M., *op. cit.*, p. 992

(34) Ya en 1992 declaraba la Comisión Europea que existía una preocupación por que el abuso de la informática pudiese llevar a una dejación de responsabilidades por parte de quien implementase sistemas de tratamiento de datos automatizados. *Vid.* Lazcoz Moratinos, G., *op. cit.*, p. 27.

(35) Verdicchio, M., Perin, A., *op. cit.*, p. 23.

(36) Coco, A., *op. cit.*, pp. 1085 y ss.

(37) Skitka, L. J., Mosier, K. L., Burdick, M., *op. cit.*, p. 993.

utiliza o supervisa el sistema de IA tanto en forma de omisiones (es decir, la no realización de una conducta debida, por ejemplo, la interrupción del funcionamiento o la reversión del resultado generado por la IA), como de conductas activas (realizar una acción que debería haberse omitido o desarrollar el comportamiento de forma indebida) (38). Algunos estudios sugieren que las personas pueden llegar incluso a cometer más errores y omisiones en entornos automatizados, como consecuencia de la tendencia a ser menos vigilantes, que en aquellos en los que no existen ayudas o asistencia automatizada (39). Esto se produce independientemente de si las personas comprenden (o declaran comprender) las limitaciones del sistema automatizado (40).

En consecuencia, el debate en torno al sesgo de automatización no se desarrolla en términos de «riesgo cero», sino de «riesgo permitido» (41). La introducción de sistemas automatizados en procesos y actividades tiene como uno de sus objetivos la reducción de riesgos derivados de errores humanos, aunque estos sean sustituidos o hagan emerger otros riesgos distintos (como el sesgo de automatización), cuya existencia es socialmente aceptada con el fin de aprovechar las ventajas en eficiencia, ahorro en términos de costes y de tiempo, o la reducción de la probabilidad de que se produzcan accidentes (42).

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DEL SESGO DE AUTOMATIZACIÓN: DEBER OBJETIVO DE CUIDADO Y RIESGO PERMITIDO EN LA SUPERVISIÓN HUMANA DE SISTEMAS DE IA

Desde una perspectiva jurídico-penal, la relevancia del sesgo de automatización se ubica en el ámbito del delito imprudente. En particular, la valoración de la adecuación de la conducta del supervisor

(38) Goddard, K., Roudsari, A., Wyatt, J. C., «Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators», *Journal of the American Medical Informatics Association*, *núm. 19,* 2012, p. 121.

(39) Skitka, L. J., Mosier, K. L., Burdick, M., *op. cit.*, p. 999.

(40) *Idem*.

(41) Salvadori, I., *op. cit.*, p. 164.

(42) Por ejemplo, en el contexto de los vehículos de conducción automatizada el objetivo es reducir o eliminar el factor del error humano en la conducción, causa principal o interviniente en el 90% de los accidentes en carretera. *Vid.* considerando (23) del Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor.

humano al deber objetivo de cuidado y cómo afecta a tal valoración el hecho de que el ejercicio de sus labores se haya visto afectado por el sesgo de automatización, así como la delimitación de los niveles de riesgo permitido en el desarrollo de las actividades de supervisión y uso de sistemas de IA.

El cuidado objetivamente debido se determina partiendo del hecho de que el resultado típico sea objetivamente previsible, quedando prohibidas las acciones de las que se abstendría una persona inteligente y prudente en la que se encontraba el autor (43). Debe señalarse que no resulta posible realizar de forma general una delimitación *ex ante* del contenido del deber objetivo de cuidado y de los umbrales del riesgo permitido en el uso de sistemas de IA, en la medida que los límites concretos vendrán determinados por la normativa aplicable y las circunstancias de cada caso de uso concreto (44), habiendo quedado este principio así plasmado en el enfoque basado en los riesgos que asume la normativa europea (considerando 26 RIA).

1. **La regulación extrapenal**

A la hora de determinar el contenido del deber objetivo de cuidado del supervisor de un sistema de IA, se deberá tener en cuenta el contenido de los requisitos y obligaciones que específicamente se establecen en la regulación para su desarrollo y despliegue (en concreto el RIA, tal como se ha analizado *supra* en el apartado 2). En la medida que una actividad esté regulada por el Derecho administrativo (como ocurre, por ejemplo, en el contexto del RIA) la infracción del deber objetivo de cuidado se puede comprobar a partir de la constatación de la infracción de esta normativa (45). Esto no debe interpretase como una relación de necesidad entre la infracción de la disposición administrativa y la existencia de una imprudencia jurídico-penal, así como el cumplimiento de la normativa administrativa tampoco excluye una imprudencia penalmente relevante (aunque, por lo general, la infrac-

(43) Romeo Casabona, C. M., «El tipo del delito de acción imprudente», en Romeo Casabona, C. M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M. A., *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 135.

(44) Romeo Casabona, C. M., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Comares, Granada, 2005, p. 16; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *op. cit.*, p. 341.

(45) Romeo Casabona, C. M., *Conducta peligrosa e imprudencia …*, *op. cit.*, p. 210.

ción de la normativa administrativa conllevará la infracción del deber de cuidado penal (46)).

En contraposición con la tradicional tendencia a que la regulación esté integrada por estándares legales abiertos que necesitan ser concretados en cada caso concreto por el juez (por ejemplo, en el ámbito societario, la diligencia de un «buen comerciante» o la del «administrador leal»), en la actualidad se tiende a sustituir estos estándares genéricos por reglas más precisas contenidas en leyes, reglamentos (47) e incluso mediante remisiones a normas de carácter privado (48). Este fenómeno resulta especialmente problemático en sectores como las nuevas tecnologías, en los que la producción formal del Derecho no es suficientemente ágil (siendo la IA un ejemplo más de este fenómeno) por lo que se recurre a fuentes informales, más cercanas a las bases de la adecuación social (49).

En el contexto de la IA esta situación se ha visto corregida (hasta cierto punto) con la reciente aprobación del RIA, que sirve como un elemento de concreción de los límites del riesgo permitido en el ámbito del desarrollo y despliegue de sistemas de IA. A pesar de que el escenario tras la aprobación de esta norma se presenta como uno dotado de mayor seguridad jurídica, al positivizarse un conjunto de obligaciones, requisitos y prohibiciones en el desarrollo e implementación de sistemas de IA, la existencia de normativa administrativa que regula un determinado ámbito o actividad no está exenta de ambigüedades, no siendo el RIA una excepción, habiendo sido ya criticada la vaguedad e indeterminación de su contenido y de los requisitos y obligaciones que establece (50).

Por otra parte, el ámbito de aplicación material del RIA es limitado y no abarca todas las posibles actividades y aplicaciones a las que se pueden destinar los sistemas de IA, quedando restringida la aplicación de la mayor parte de las obligaciones y requisitos previstas en

---

(46) Silva Sánchez, J. M., «Mandato de determinación e imprudencia», *Indret*, núm. 2, 2012, p. 2.

(47) Silva Sánchez, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 24.

(48) Contreras Caimovich, L., «Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones», *Política criminal*, núm. 13, 2018, pp. 396-397; Pastor Muñoz, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad: la remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, pp. 61 y ss.

(49) Silva Sánchez, J. M., *El riesgo permitido…*, *op. cit.*, pp. 34-35.

(50) Hacker, P., «The European AI liability directives, Critique of a half-hearted approach and lessons for the future», *Computer law and security review*, núm. 51, 2023, p. 34.

esta norma a los sistemas de IA de alto riesgo, en particular las relativas a su supervisión humana. De esta forma, habrá sistemas de IA para los que será preceptiva la presencia de un supervisor humano, mientras que en otros la designación de este sujeto dependerá, bien de la existencia de una regulación sectorial que así lo establezca, bien de la decisión del proveedor de establecer en las instrucciones de uso del sistema la supervisión humana como una medida de seguridad, o bien por la decisión del responsable del despliegue del sistema de nombrar un supervisor humano. Esta decisión puede ser adoptada por iniciativa propia del operador o por su adhesión al correspondiente código de conducta (*ex* artículo 95 RIA, ver *supra* apartado 2). Esto no tiene que ser, en realidad, un problema, en la medida que las obligaciones y requisitos están establecidas por el RIA en función del riesgo que presenta el uso de sistemas de IA en ámbitos concretos, por lo que aquellos sistemas que no sean considerados como de alto riesgo y, por tanto, no les resulte de aplicación el Reglamento, no deberían presentar (al menos sobre el papel) riesgos significativos para la vida, la salud u otros derechos fundamentales.

Otra de las limitaciones que presenta el RIA es que los requisitos y obligaciones que se prevén en la norma relacionados con la supervisión humana de los sistemas de IA no están destinados a las personas que realizan tales tareas de supervisión, sino a los proveedores y los responsables del despliegue de los sistemas de IA. El Reglamento no aporta criterios que determinen o, al menos, orienten cómo se deben desempeñar las tareas de supervisión. Sin embargo, esto tampoco tiene por qué ser algo necesariamente negativo, en la medida que el contenido de estas obligaciones de supervisión podrá ser determinado acudiendo a otras fuentes, como la normativa sectorial que resulte de aplicación en el ámbito de uso o actividad concreto en el que se despliegue el sistema como, por ejemplo, en el ámbito de la asistencia médica (el Reglamento de Productos Sanitarios o la normativa administrativa de ordenación de la actividad sanitaria (51)) o en el contexto de la conducción de vehículos automatizados (52); las reglas técnicas o *leges artis* que correspondan en el ámbito de actividad concreto en

(51) Lazcoz Moratinos, G., *op. cit.*, pp. 23-24.

(52) Por ejemplo, en Francia, para la circulación con vehículos de conducción automatizada se exige la presencia de una persona física en «estado y condiciones de retomar la conducción del vehículo» cuando sea necesario o requerido: Miró Llinares, F., «General Report», *Revue Internationale de Droit Pénal,* vol. 95, iss. 1, 2024, p. 61; Giuca, M., «Disciplinare l'intelligenza artificiale. La riforma francese sulla responsabilità penale da uso di auto a guida autónoma», *Archivio Penale*, núm. 2, 2022, p. 23; Giannini, A., Kwik, J., *op. cit.*, p. 28.

el que se desarrolle la supervisión del sistema de IA (53), así como por las obligaciones que específicamente se prevean en el seno de la relación contractual con el responsable del despliegue, ya sea esta de naturaleza laboral o mercantil o, incluso, de carácter no profesional (54) (aunque los sistemas de IA en este último caso quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento *ex* artículo 2.10 RIA). Además de los supuestos en los que, sin exigirlo la normativa, se designe a un supervisor por decisión del responsable del despliegue o del proveedor del sistema, puede haber casos en los que un sujeto realice la asunción voluntaria de estas tareas (por ejemplo, en el contexto de actividades no profesionales) de tal forma que se asuma una posición de garante sin necesidad de que exista formalmente un contrato o una delegación de responsabilidades o funciones (55).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, a pesar de que el RIA no establezca obligaciones directamente aplicables a las personas que realicen las funciones de supervisión humana, sí que pueden utilizarse los requisitos que deben cumplir los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo relativos al diseño de forma que permita su supervisión efectiva que, de forma indirecta, pueden servir como criterios para valorar la conducta del supervisor (56).

Asumiendo que el proveedor ha diseñado el sistema de IA de forma que se cumple lo dispuesto en el artículo 14.4 RIA, el supervisor humano deberá poder: a) ser consciente de las limitaciones del sistema; b) ser consciente del sesgo de automatización; c) interpretar correctamente los resultados generados; d) descartar, invalidar o revertir los resultados de salida generados, y e) intervenir o interrumpir el funcionamiento del sistema. Podemos distinguir aquí dos grupos de obligaciones: por un lado, las relativas a *comprender el funcionamiento del sistema*, tanto su operativa y sus resultados, como sus capacidades y limitaciones (a, b y c); y, por otro, las relativas a la *posibilidad de intervenir en el funcionamiento del sistema* (d y e).

Resultarían de especial relevancia, por ejemplo, en el contexto de un resultado lesivo causado porque el supervisor se ha visto afectado por el sesgo de automatización, el primer grupo de requisitos (a, b y c), tanto en relación con la posibilidad de «entender adecuadamente» las capacidades y limitaciones del sistema (de forma que el supervisor

(53) Silva Sánchez, J. M., «Mandato de determinación …», *op. cit.,* p. 2.

(54) Feijoo Sánchez, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 37.

(55) Jakobs, G., *Derecho Penal: Parte general*, 1997, Marcial Pons, Madrid, p. 987.

(56) Beck, J., Burri, T., *op. cit.*, p. 31.

pueda detectar anomalías y problemas de funcionamiento), como las de «ser consciente del sesgo de automatización» y «entender los resultados del sistema». Los problemas en este punto están vinculados con lo abiertos, ambiguos y poco precisos que son los términos utilizados por la normativa, como «entender adecuadamente», la «capacidad de entender» o la «capacidad de ser consciente» de las limitaciones, sesgos y riesgos derivados de su funcionamiento. Esta ambigüedad es consecuencia de que el RIA sea una norma de carácter general y transversal (57).

En cuanto al requisito de que el supervisor pueda «ser consciente del sesgo de automatización» (art. 14.4.b RIA), si en el caso concreto resultase probado que las medidas establecidas por el proveedor del sistema permitían al supervisor ser consciente de este riesgo, será un indicio relevante de que el supervisor tenía la posibilidad de conocer que su decisión estaba viéndose afectada por este sesgo. Si bien este indicio será relevante, no tiene que suponer, de por sí, una infracción del deber objetivo de cuidado, en la medida que la posibilidad de conocer, en abstracto, las limitaciones del sistema y de verse afectado por el sesgo de automatización, no implica en todo caso que, primero, fuese objetivamente previsible que se iba a producir el fallo o el resultado lesivo (58) [debiendo estos supuestos reconducirse a la figura del caso fortuito (59)]; y, segundo, que fuese posible evitar resultado (60) (analizaremos esta cuestión en mayor profundidad *infra* en el apartado 6, en relación con los comportamientos alternativos conforme a Derecho). Por ello, aunque el sistema esté adecuadamente diseñado para que se pueda ejercer una supervisión humana eficaz, de forma que haga que el sujeto sea consciente de la posibilidad de verse afectado por el sesgo de automatización, se deberá analizar el resto de las circunstancias que expliquen por qué, a pesar de tener la posibilidad de ser consciente de las limitaciones del sistema y de la tendencia a asumir o confiar indebidamente en los resultados que este genera (sesgo de automatización), no se pudo desarrollar la supervisión de forma efectiva.

---

(57) Enqvist, L., «Human oversight' in the EU artificial intelligence act: what, when and by whom?», *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, iss.2, 2023, p. 525.

(58) Valls Prieto, J., *op. cit.,* p. 27; Salvadori, I., *op. cit.,* pp. 143-144.

(59) De forma general: Paredes Castañón, J. M., *op. cit.*, p. 515; en relación con los sistemas de IA y los robots específicamente: Quintero Olivares, G., «La robótica ante el derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontrolada», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 1, 2017, pp. 16-17.

(60) Salvadori, I., *op. cit.,* pp. 157-158.

La otra categoría de sujetos para los que se establecen obligaciones específicas relativas a la supervisión humana de sistemas de IA es la del «responsable del despliegue», esto es, las persona física o jurídica que utilice el sistema de IA bajo su propia autoridad (art. 3.4 RIA). La única obligación atinente a estos sujetos que puede tener incidencia en el ámbito de la supervisión humana del sistema de IA es la relativa al deber de nombrar a una persona con la competencia, autoridad y formación necesarias para desempeñar las labores de supervisión humana (art. 26.2 RIA). Los incumplimientos que, por tanto, se podrían producir en relación con este requisito, se darían en supuestos en los que la persona designada como supervisor no tuviese la formación, competencia o autoridad necesarias. No obstante, incluso en el caso en el que se demostrase la falta de uno de estos elementos (formación, competencia o autoridad), ello no determinaría automáticamente la ausencia de responsabilidad por parte del supervisor humano, en la medida que, si éste fuese consciente (o debiese ser consciente) de sus limitaciones, estaríamos ante una imprudencia por asunción, en la que la acción cuidadosa impone la abstención de actuar (61). En resumidas cuentas, una posible culpa *in eligendo* del responsable del despliegue podría suponer un supuesto de concurrencia de culpas, pero no implicaría la compensación total de una culpa con la otra en todo caso (62).

2. La *lex artis* en el contexto de la IA

En defecto de regulación (o junto con la misma), se deberá tener en cuenta la existencia de estándares de conducta o normas profesionales (*lex artis)* en el concreto ámbito en el que se despliegue un sistema de IA a la hora de evaluar si la conducta del supervisor se ajusta al cuidado debido (63). Estos estándares técnicos no determinan lo que está o no permitido por la sociedad, «sino la mejor manera de

(61) Feijoo Sánchez, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes..., op. cit.*, p. 140.

(62) *Ibidem*, p. 173. Por lo demás, véase Sánchez Lázaro, F. G., «Argumentos consecuencialistas, concurrencia de imprudencias y evaluación de soluciones técnico jurídicas», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 447 y ss.; El Mismo: «Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtsgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich», *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht*, vol. 152, 2005, pp. 700 y ss.

(63) Romeo Casabona, C. M., *Conducta peligrosa e imprudencia...*, op. cit., p. 209.

enfrentarse a un riesgo o controlarlo», sin que implique la tolerancia por el ordenamiento jurídico de dicho riesgo (64).

Los sujetos que hagan uso de sistemas de IA estarán sometidos a los estándares profesionales y técnicos existentes en su respectivo sector del mismo modo que si utilizasen cualquier otro dispositivo o artilugio. De esta forma, si el supervisor de un sistema de IA, por ejemplo, en el ámbito sanitario, se ve afectado por el sesgo de automatización y realiza un diagnóstico basado en una aplicación rutinaria de los resultados que genere el sistema o priorizando el criterio de la IA por encima del suyo propio, se podrán considerar tales conductas como comportamientos contrarios a la *lex artis* y, en estos términos, una infracción del deber objetivo de cuidado, en la medida que no se podría justificar tales desviaciones de la *lex artis* en la libertad de método ni considerarse como el comportamiento que desarrollaría un profesional prudente (65).

3. **Sesgo de automatización y principio de confianza**

El principio de confianza tiene relevancia a la hora de delimitar los límites del riesgo permitido en el contexto de supervisión de los sistemas de IA debido a dos circunstancias que caracterizan el ecosistema de desarrollo y utilización de esta tecnología: 1) la existencia de procedimientos de certificación y evaluaciones de conformidad; y 2) el reparto de roles y tareas en el contexto del trabajo en equipo.

Respecto de la certificación y evaluación de los sistemas de IA, puede relacionarse con la vertiente del principio de confianza vinculada con la que podríamos denominar *confianza institucional*. El supervisor que utiliza un sistema de IA que ha sido certificado, conforme a lo dispuesto en el RIA (u otra norma al efecto), puede asumir un margen de confianza legítimo en que el sistema funcionará de manera adecuada y segura en relación con su finalidad prevista. En el contexto del RIA, esta certificación se materializa en las evaluaciones de conformidad que demuestren el cumplimiento de los requisitos establecidos en el propio Reglamento (art. 43 RIA), o bien con lo dispuesto en aquellas normas que establezcan la obligatoriedad de la realización de una evaluación de conformidad (Anexo I, en relación con el artículo 6.1 RIA), teniendo en cualquier caso especial relevancia al ser tales evaluaciones preceptivas para que el sistema de IA pueda ser

(64) Feijoo Sánchez, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes…*, *op. cit.*, p. 147.

(65) Romeo Casabona, C. M., *Conducta peligrosa e imprudencia…*, *op. cit.*, pp. 210-211.

introducido en el mercado (66). No obstante, el hecho de que el sistema esté certificado no exime automáticamente de responsabilidad al supervisor, el cual no deberá desempeñar sus funciones asumiendo una confianza ciega en el funcionamiento del sistema por el hecho de estar certificado o haber obtenido una evaluación de conformidad favorable (67) (lo que, además, podría calificarse de por sí como un comportamiento afectado por el sesgo de automatización).

El principio de confianza también se utiliza en el contexto del riesgo permitido para describir las situaciones de trabajo en equipo, reparto de roles y la división horizontal y vertical del trabajo. Este principio autoriza a confiar en que otros sujetos con los que se interactúa, o con los que se desarrolla una actividad en común, van a realizar la conducta que se espera de ellos de forma correcta (68). En el contexto de la supervisión de sistemas de IA se ha planteado la posibilidad de asemejar la interacción humano-máquina, *mutatis mutandis*, como una relación de este tipo, en la que el ser humano confiaría en que el sistema de IA va a funcionar adecuadamente, del mismo modo que confiaría en una persona con la que trabaja en equipo o con la que se reparte una tarea (69). No resulta esta idea descabellada, en la medida que existen estudios que asemejan a nivel psicológico la conducta de los sujetos que comparten procesos con sistemas que automatizan tareas con aquellas en las que se desarrolla un trabajo en equipo con otras personas (70).

El problema de esta idea reside en que, al menos tal y como se concibe por la dogmática el principio de confianza en relación con el

(66) La evaluación externa de la fiabilidad de los sistemas de IA venía siendo demandada por la doctrina: *Vid.* Perin, A., *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un método di giduzio,* Editoriale Scientifica, Nápoles, 2020, p. 407; Romeo Casabona, C. M., «La discusión sobre la atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial, en particular a sistemas autónomos», en Romeo Casabona, C. M., Rueda Martín, M. Á. (eds.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, volumen II: Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, Granada, Comares, 2023, p. 64; Valls, J., *op. cit.*, pp. 23-24. No obstante, se debe tener en cuenta que no todos los procedimientos de evaluación implican la intervención de una entidad externa en el contexto del RIA, existiendo la posibilidad de que la evaluación de conformidad se realice basados en controles internos desarrollados por el propio proveedor del sistema de IA (arts. 43.1 y.2 RIA).

(67) Íñigo Corroza, M. E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 220.

(68) Jakobs, G., *op. cit.*, p. 254.

(69) Mongillo, V., «Responsabilidad penal y extrapenal de las personas jurídicas por delitos relacionados con la inteligencia artificial: vías de intervención legal y principales obstáculos», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, núm. 4, 2024, p. 10; Verdicchio, M., Perin, *op. cit*., p. 16.

(70) Skitka, L. J., Mosier, K. L., Burdick, M., *op. cit.*, p. 993.

reparto de roles, se enfrenta a dos obstáculos: la relevancia de las obligaciones de actuación frente a riesgos y la posibilidad de «confiar» en un sistema de IA. Respecto del primero, la existencia de una norma que establezca la obligación de actuar y evitar resultados lesivos a un sujeto imposibilita que este pueda escudarse en el principio de confianza para justificar su actuación (71), al menos respecto de aquellos concretos supuestos en los que esté obligado a actuar. En cuanto al segundo, incluso en aquellos casos en los que no exista tal regla u obligación (por ejemplo, cuando no sea obligatorio designar a un supervisor humano para el sistema de IA), el sujeto en el que se confía deberá actuar de acuerdo con su deber objetivo de cuidado, resultando debatible que se pueda considerar a un sistema de IA como participante en una actividad del que se puedan tener tales expectativas (72). El fundamento del principio de confianza se encuentra, precisamente, en que cada sujeto es responsable de actuar en su ámbito de organización, por lo que este principio decae cuando el sujeto en el que se pretende confiar carece del conocimiento o la capacidad de conocer las reglas (73), lo que podemos afirmar que ocurre con un sistema de IA, por muy autónomo que sea (74).

Por último, en relación con el específico riesgo del sesgo de automatización, se entiende que para que un sujeto pueda acogerse al principio de confianza deberá estar actuando de conformidad con el deber objetivo de cuidado, siendo debatible, como se ha venido señalando, que una aplicación rutinaria de los resultados, decisiones o recomendaciones generados por el sistema de IA, o sin realizar las comprobaciones necesarias para contrastarlos, se pueda considerar como una actuación diligente y cuidadosa (75).

---

(71) Jakobs, G., *op. cit.,* p. 255.

(72) Feijoo Sánchez, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes…*, *op. cit.*, p. 159.

(73) Jakobs, G., *op. cit.*, pp. 254-255.

(74) Favorable a considerar que resulta posible confiar en el funcionamiento del sistema de IA en la medida que «su empleo se justifica precisamente por el objetivo de favorecer mayores niveles de seguridad […] tratando de disminuir la tasa de errores humanos evitables»: Perin, A., «Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia», *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 8, núm. 1, 2019, p. 18.

(75) Romeo Casabona, C. M., «El tipo del delito…», *op. cit.*, p. 141. En contra Feijoo Sánchez, que considera esta limitación inaceptable, ya que abre la puerta a que el sujeto que se comporta imprudentemente responda por las imprudencias de terceros. *Vid.* Feijoo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes…*, *op. cit.*, pp. 157-158.

IV. SESGO DE AUTOMATIZACIÓN Y REPRESENTACIÓN DEL RESULTADO LESIVO

En caso de que se pueda considerar que la conducta del supervisor del sistema de IA ha vulnerado el deber objetivo de cuidado, surge la duda de cuáles serían los criterios para diferenciar cuándo la conducta del sujeto afectado por el sesgo de automatización se puede calificar como una imprudencia consciente o inconsciente (76). De forma general, se considera que nos encontramos ante una imprudencia consciente cuando el sujeto ha previsto la posibilidad de producción del resultado y ha actuado en la confianza de que no se produciría, mientras que la imprudencia será inconsciente si, aun siendo el resultado objetivamente previsible, el sujeto no ha previsto tal posibilidad (77).

En principio, los casos en los que el supervisor de un sistema de IA se ha visto afectado por el sesgo de automatización encajarían como supuestos de imprudencia inconsciente, en los que este sujeto aplica de forma rutinaria y sin revisar la información de salida generada por el sistema sin ser consciente (sin representarse la posibilidad) de que el sistema pueda cometer errores ni de que pueda estar aceptando o utilizando decisiones erróneas. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el sistema de IA sea considerado de alto riesgo, si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 14 del RIA, el supervisor debería poder ser consciente de «la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados de salida generados por un sistema de IA de alto riesgo». En tanto en cuanto el sistema esté diseñado de forma que el supervisor humano pueda ser consciente del riesgo de verse afectado por el sesgo de automatización, si tales medidas son realmente capaces de hacer al supervisor consciente (o habría sido razonable que el supervisor fuese consciente) de este sesgo, será más difícil argumentar que la persona que supervisa no podía prever la posibilidad de que se produjese un error del sistema y que, por lo tanto, en realidad conocía tal riesgo y actuó en la confianza de que no ocurriese, lo que encajaría en la descripción

(76) Coco, A., *op. cit.*, p. 1082.

(77) Romeo Casabona, C. M., «el tipo del delito…», *op. cit.*, p. 138; Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2006, p.285; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., «Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, núm. 79, 2005, p. 104.

de la culpa consciente (78), salvo que concurran circunstancias que hayan impedido o dificultado que tuviese tal conocimiento (79).

Por otra parte, en el caso de que el resultado lesivo se haya producido como consecuencia de la infracción del deber de conocer unas circunstancias fácticas determinadas, la conducta del sujeto será considerada como una imprudencia consciente, en la modalidad de imprudencia por asunción. Por lo general, una conducta respetuosa con el deber de cuidado pasará por abstenerse de actuar en determinadas actividades peligrosas sin disponer de los conocimientos, capacidades o la experiencia necesarios, debiendo quien actúa ser consciente de sus cualidades y del límite de sus posibilidades para desarrollarlas. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un sujeto no utiliza instrumental adecuado o cuando, teniendo conocimientos generales suficientes, no se informa sobre las circunstancias del caso concreto, no pudiendo considerarse dentro del riesgo permitido una actividad que, si se hubiese llevado a cabo estando dotado el sujeto de capacidades suficientes, sí lo sería (80). Trasladando estas reflexiones al ámbito de la supervisión de sistemas de IA, el uso del sistema de forma rutinaria o sin realizar las comprobaciones necesarias para confirmar que los resultados que genera son correctos puede ser interpretado en estos términos, es decir, como el desarrollo de una actividad sin las capacidades o conocimientos suficientes para el caso concreto, estando las primeras mermadas o limitadas por el sesgo de automatización, y como consecuencia de la falta de recopilación de la información necesaria, en los segundos.

En aquellos casos en los que se pueda considerar que el sujeto se había representado el riesgo asociado a su actuación (o estaba obligado a tener previsto tal riesgo), se abre la puerta a valorar cuándo la conducta del supervisor afectado por el sesgo de automatización se puede considerar que rebasa el umbral de la imprudencia consciente para ubicarse en el terreno del dolo eventual. Hay autores que consideran que la diferencia entre dolo e imprudencia depende del grado en el que se produce la representación de la probabilidad del resultado y las circunstancias que determinan el hecho (81). Otros consideran que en la imprudencia consciente el autor conoce el peligro abstracto de una acti-

(78) Quintero Olivares, G., *op. cit.*, p. 19.

(79) Ragués I Vallès, R., *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 157.

(80) Feijoo Sánchez, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes…*, *op. cit.*, pp. 140-141.

(81) Struensse, E., «Consideraciones sobre el dolo eventual», *InDret*, 2009, pp. 11-12.

vidad, pero no la dimensión del riesgo que se está creando en el caso concreto (82), es decir, que desarrolla la actividad con el convencimiento de que no va a materializarse el resultado, concurriendo dolo si existe un pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso concreto (83). De esta forma, de acuerdo con estos autores, únicamente debería tenerse en cuenta el elemento cognitivo a la hora de diferenciar entre dolo e imprudencia, sin tener en cuenta el elemento volitivo (los criterios de actuar «tomando en serio» o «contando con el resultado») (84), siendo lo relevante que el sujeto conozca (o no) el riesgo (85).

En relación con aquellos contextos en los que el sujeto está sometido a concretas obligaciones y deberes de actuación, la decisión contraria a éstos con base en lo que se conoce es lo que fundamenta la responsabilidad por dolo, es decir, la infracción de un deber directo o inmediato de evitación del hecho típico, mientras que la imprudencia conlleva la infracción de un deber indirecto, la no activación de una prestación personal de atención o cuidado (86). Sin embargo, no deben incluirse aquí las reglas e indicaciones del estándar de cuidado en determinados ámbitos, como las normas de tráfico o de fabricación de productos, por lo que será, igualmente, la infracción del deber objetivo de cuidado la que determine la concurrencia del dolo en estos casos (87).

Siguiendo esta idea, los resultados lesivos ocasionados como consecuencia del sesgo de automatización (es decir, aquellos en los que ha sido determinante a la hora de adoptar u omitir indebidamente una acción por el supervisor) son, por lo general, conductas imprudentes, en la medida que no suponen una actuación que infrinja un deber directo de evitación del hecho típico, sino una infracción de un deber de atención o cuidado. Esto implica que, en la práctica, serán principalmente aquellos supuestos en los que la conducta del sujeto afectado por el sesgo de automatización se pueda calificar como ignorancia deliberada (88) en los que se podría debatir la imputación a título de dolo eventual (89).

---

(82) Feijoo Sánchez, B. J., *Dolo eventual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, pp. 10-11.

(83) Mir Puig, S., *op. cit.*, pp. 265-266.

(84) Feijoo Sánchez, B. J., *Dolo eventual*, *op. cit.,* pp. 41-43.

(85) *Ibidem*, p. 29*;* Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *op. cit.*, p. 105. Por lo demás, al respecto: *Vid.* Ragués I Vallès, R., *op. cit.,* pp. 118-120.

(86) Feijoo Sánchez, B. J., *Dolo eventual*, *op. cit.,* p. 12.

(87) *Ibidem*, p. 21.

(88) Coco, A., *op. cit.*, pp. 1088-1089; Ragués I Vallès, R., *op. cit.,* pp. 188-193.

(89) Se muestra la doctrina mayoritaria en contra de la posibilidad de equiparar ignorancia deliberada y dolo eventual, aunque sí es aceptada, bajo ciertas condicio-

V. SESGOS DE AUTOMATIZACIÓN Y LOS COMPORTAMIENTOS ALTERNATIVOS CONFORME A DERECHO

Otra óptica desde la que se pueden analizar los supuestos de hecho relacionados con el sesgo de automatización es el del conocido como problema del «comportamiento alternativo conforme a derecho», con el que se hace referencia a casos de conductas imprudentes que han sido la causa de un resultado típico, pero en los que, aunque se hubiese ejecutado la acción correcta, el resultado lesivo se habría producido igualmente (90).

Conforme a la doctrina mayoritaria, estos supuestos se resuelven acudiendo a la teoría de la evitabilidad, según la cual el resultado no se puede imputar objetivamente a su causante si éste se hubiera producido incluso en el caso de que el autor hubiese realizado la conducta debida (91). Se afirma, pues, que en estos casos faltaría la «conexión de la infracción del deber» o la «realización de la lesión de cuidado en la producción del resultado» (92). Si el daño se hubiese producido también en el hipotético caso de que se hubiera ejercido un control efectivo sobre el sistema, no sería posible imputar tal resultado al supervisor humano, que solamente será responsable cuando tenga capacidad de prever y evitar razonablemente los daños causados, algo que en este contexto no siempre es posible, en la medida que las decisiones y acciones del sistema de IA pueden estar más allá del control inmediato del supervisor (93). Si no es posible determinar si el resultado se hubiese evitado con el desarrollo debido de las actuaciones del supervisor humano, solamente se podrán imputar responsabilidades a

---

nes, por la jurisprudencia: *Vid.* Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. C., «Artículo 10», en Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. C., (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023,* 2.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 74.

(90) Gimbernat Ordeig, E., «Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* vol.48, 2015, p. 25.

(91) La postura dominante considera que la probabilidad de que el resultado se hubiese evitado debe ser «rayana en la seguridad», habiendo otros autores que consideran que basta con la mera posibilidad. *Vid.* Bolea Bardón, C., «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret,* núm. 4, 2018, p. 14.

(92) Gimbernat Ordeig, E., *op. cit.*, p. 26.

(93) Cámara Arroyo, S., «¿Sueñan los androides delincuentes con penas electrónicas? Sistemas de armamento autónomo y responsabilidad penal: nuevos desafíos para el Derecho penal», en García Sánchez, B., Jiménez García, F. (coords.), *La atribución de una responsabilidad jurídico penal e internacional de la Inteligencia Artificial*, Iustel, Madrid, 2023, p. 271.

través de un delito de peligro abstracto, una opción que, hoy en día, no existe en relación con el uso de sistemas de IA (94).

Gimbernat critica el resultado que se alcanza siguiendo la teoría de la evitabilidad, en la medida que supone vaciar de contenido el concepto de riesgo permitido (95). Defiende, junto con un sector minoritario de la doctrina, que para resolver estos casos se debe acudir al criterio del «incremento del riesgo», rechazando que la probabilidad o posibilidad de que el resultado también se hubiese producido aun realizando la conducta adecuada sea el criterio relevante para determinar la imputación del resultado. De esta forma, si es probable, pero no seguro, que la acción correcta hubiese causado el mismo resultado, significa que el comportamiento imprudente causante del resultado era más peligroso, lo que implicaría que tal conducta supone un incremento del riesgo en el que se puede fundamentar la imputación de responsabilidad (96).

De acuerdo con la teoría del aumento del riesgo, solo quedarían exentos de responsabilidad los casos en los que la conducta alternativa conforme a derecho habría conducido «con seguridad» a la producción del mismo resultado, de forma que la conducta imprudente no supusiese un mayor peligro que el riesgo permitido (97). En cambio, si no existe tal seguridad, sino únicamente la probabilidad de que no se hubiese producido el mismo resultado, solamente podrá fundamentarse una absolución si el sujeto demostrase que ha tomado las medidas necesarias para reducir el riesgo (98).

Por lo tanto, si aplicamos este criterio en el contexto de la supervisión de sistemas de IA, el resultado lesivo se podría atribuir al supervisor si su desempeño supusiese un incremento del riesgo de que se produzca el resultado. El desafío se presenta a la hora de determinar cuál debe ser la referencia a la hora de comparar y valorar el incremento del riesgo asociado a los distintos niveles de control humano (99). Es decir, si habiendo desarrollado las labores de supervisión de una manera diferente el riesgo habría sido menor. Por ejemplo, si el sistema advierte que existe una situación de incertidumbre y el supervisor decide continuar sin realizar otro tipo de comprobaciones o consultar otras fuentes de información distintas, o si realiza una aplicación rutinaria del sistema (i.e., afectado por el sesgo de automa-

(94) Gil Gil, A., «Sistemas de armas autónomos letales. Comentario a la posición española, con especial atención a algunos problemas jurídico-penales», *Revista General de Derecho Penal,* núm. 38, 2022, p. 43.

(95) Gimbernat Ordeig, E., «Teoría de la evitabilidad…», *op. cit.*, pp. 36-37.

(96) *Ibidem*, p. 29.

(97) *Ibidem*, p. 30.

(98) *Idem*.

(99) Cámara Arroyo, S., *op. cit.*, p. 273.

tización), estas situaciones se deberán comparar con aquellas en las que sí se efectuasen tales comprobaciones o en la que se practicase un uso no rutinario de los resultados del sistema.

Lo problemático en estos casos será demostrar que la conducta alternativa efectivamente supondría una disminución del riesgo (100), especialmente, en aquellos contextos en los que no existan referencias o guías para el desempeño de las tareas de supervisión, en los que resulta más difícil valorar si la actuación del sujeto supone un incremento del riesgo, al menos en comparación con aquellos ámbitos en los que exista una regulación mediante la que se establezcan deberes o estándares de comportamiento más concretos. La cuestión es que en el ámbito de la IA ni siquiera la reciente aprobación del RIA soluciona este problema, en la medida que, como se ha indicado a lo largo del trabajo, esta norma no establece deberes para los supervisores ni los usuarios finales de los sistemas de IA.

En resumen, para valorar la posibilidad de imputar responsabilidad al supervisor en los casos analizados se deberá valorar si, en el caso de haberse realizado la conducta alternativa conforme a Derecho, se habría evitado (o es posible que se hubiese evitado) el resultado, en caso de que asumamos la teoría de la evitabilidad, o bien si la conducta imprudente ha supuesto un incremento del riesgo superior al riesgo permitido (en caso de asumir la teoría del incremento del riesgo), con las dificultades probatorias aparejadas a ambos criterios, dificultades que, no obstante, no deben condicionar las definiciones de los conceptos fundamentales de la imputación penal (101).

VI. POSICIÓN DE GARANTE Y DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

La falta de control que supone la imprevisibilidad en el funcionamiento de los sistemas de IA más avanzados (esto es, con mayores capacidades de autonomía, aprendizaje y capacidad de adaptación) dificulta considerar que el sujeto tiene realmente el dominio del hecho, lo que supone un desafío para la imputación objetiva de un resultado lesivo basándose en este criterio (102). Sin embargo, en ocasiones el dominio del hecho por parte del sujeto no es relevante a la hora de fundamentar su responsabilidad, sino la infracción de un deber por

(100) Gil Gil, A., «Sistemas de armas autónomos…», *op. cit.*, p. 43.
(101) Schünemann, B., «El propio sistema del Derecho Penal», *InDret*, 2008, p. 7.
(102) Cámara Arroyo, S., *op. cit.*, p. 270.

parte del agente (103), como ocurre en los delitos de omisión impropia de un deber de garante (104), pudiendo ubicar aquí los supuestos en los que el supervisor de un sistema de IA se ve afectado por el sesgo de automatización. Con todo, no basta en esta clase de delitos la mera infracción del deber por parte del agente para legitimar la sanción penal, sino que deberá concurrir el injusto material que se fundamenta en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido (105).

Si bien no resulta posible imputar responsabilidad a un sujeto por riesgos imprevisibles, también es cierto que cuando concurren especiales deberes jurídicos, este sujeto puede quedar obligado a vigilar e informarse de las eventuales consecuencias perjudiciales que se puedan producir en el desarrollo de la actividad, como ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (106). Este paradigma se ha visto intensificado como consecuencia de la creciente adscripción de deberes de prevención a través de la normativa extrapenal a los focos de riesgo (por ejemplo, empresas multinacionales), definiéndose el reproche penal a partir de la infracción de los deberes especiales que vinculan al sujeto con la protección de bienes jurídicos (107).

En el contexto de la supervisión de sistemas de IA, la posición de garante vendría determinada por la obligación del responsable del despliegue de designar a un sujeto que supervise su funcionamiento en caso de que se trate de un sistema de alto riesgo *ex* artículo 26.2 RIA. Cabe también la posibilidad de que se establezca la obligatoriedad de este rol por otra regulación sectorial específica para sistemas de IA (por ejemplo, la figura del conductor en los vehículos de conducción automatizada (108)) o para actividades en las que un sujeto tenga que cumplir unos deberes de vigilancia y cuidado específicos (por ejemplo, en el ámbito sanitario).

Si bien el RIA no establece directamente los deberes del supervisor humano (sin perjuicio de que, como se ha indicado ya, sí que puedan hacerlo otras normas), el contenido de las obligaciones que conforman la posición de garante del supervisor humano estará determinado contrac-

(103) Pariona Arana, R., «La teoría de los delitos de infracción de deber y el principio de legalidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 26, 2024, p. 6.

(104) Jakobs, G., *op. cit.*, p. 267.

(105) Pariona Arana, R., *op. cit.*, p. 7.

(106) Contreras Caimovich, L., «La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada», *Política criminal*, Vol. 10, Núm. 19, 2015, p. 279.

(107) Pariona Arana, R., *op. cit.*, p. 26.

(108) Ver *supra* nota al pie n.º 52.

tualmente, en el contexto de la relación laboral o estatutaria en la que se desarrolle el uso del sistema de IA. Para aquellos sistemas de IA que, por no ser clasificados como de alto riesgo, no les resulten de aplicación las obligaciones previstas en el RIA y, por tanto, no exista una obligación legal de nombrar un supervisor humano del sistema de IA, igualmente se podrá conformar una posición de garante derivada de la existencia de una relación contractual, cuya existencia no es necesario interpretar en términos formales (es decir, un contrato en términos de derecho privado, tanto si es de naturaleza mercantil, laboral o incluso civil), sino de la efectiva asunción de una función de control o evitación de riesgos (109). Igualmente, también puede fundamentarse una posición de garante por injerencia, como consecuencia de la creación de un riesgo derivada de la puesta en funcionamiento del sistema de IA (*ex* artículo 11.b CP).

El sujeto que asume las labores de supervisión humana del sistema de IA vinculadas a esta posición de garante deberá hacerlo de manera real y efectiva, es decir, ejerciendo su dominio sobre los riesgos. De lo contrario, será el sujeto que crea el riesgo (el proveedor o el responsable del despliegue del sistema de IA), a quien se le imputará, en su caso, la responsabilidad cuando se materialice la lesión, al no haberse realizado la delegación de tales riesgos de forma efectiva (110).

En los supuestos de posición de garante por injerencia, la responsabilidad del sujeto se fundamenta en una actuar precedente que presenta un riesgo (el uso de un sistema de IA) pero que, en la medida que se cumplan los requisitos establecidos por la normativa (el RIA), serán considerados como un riesgo permitido, siempre y cuando se adopten las medidas de precaución necesarias para «contener el riesgo» (111). En el contexto de la supervisión de sistemas de IA estas medidas consistirían en realizar las comprobaciones y actuaciones necesarias para que el sujeto no se vea afectado por el sesgo de automatización, lo que se puede traducir en el desarrollo de un «control humano significativo» o, al menos, una aplicación no rutinaria de la información de salida generada por el sistema de IA. Sin embargo, viene siendo aceptado que la valoración de la idoneidad de las medidas de precaución no genera problemas en relación con las estructuras de imputación de la responsabilidad, sino que se trata de una cuestión de prueba, por lo que los argumentos para resolver estos casos deberán ir vinculados a la presunción de inocencia y al juego entre pruebas de cargo y de descargo (112).

---

(109) Feijoo Sánchez, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes…*, *op. cit.*, p. 37.

(110) *Ibidem*, p. 38.

(111) Dopico Gómez-Aller, J., *Omisión e injerencia en Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 541.

(112) *Ibidem*, p. 551.

VII. CONCLUSIONES

1. A pesar de que el nuevo marco regulatorio aplicable a la IA en Europa aporta seguridad jurídica y distribuye obligaciones y responsabilidades entre los sujetos que participan en la cadena de valor del desarrollo e implementación de sistemas de IA, su impacto se ve limitado en relación con aquellos sujetos que no quedan bajo su ámbito de aplicación material, como los supervisores y usuarios finales de los sistemas de IA, así como por su enfoque restringido a unas actividades, ámbitos y usos concretos.

2. Si bien la supervisión humana de los sistemas de IA se presenta como una de las principales medidas de control de riesgos asociados al uso de sistemas de IA, no debe utilizarse como excusa para convertir a los sujetos encargados de las labores de supervisión en chivos expiatorios a los que imputar responsabilidades indebidamente. A pesar de que se trate de los sujetos que se encuentran más próximos al daño, no siempre tendrán posibilidad de ejercer un control efectivo sobre el funcionamiento del sistema, así como de prever los resultados lesivos derivados de su uso.

3. El sesgo de automatización es un riesgo inherente al uso de sistemas y herramientas que permiten automatizar tareas y procesos, siendo la contrapartida a los beneficios esperados en términos de eficiencia y reducción de riesgos. Como fenómeno psicológico, resulta complicado valorar el sesgo de automatización como una conducta imprudente, así como la imputación de responsabilidades al confluir los deberes de distintos sujetos en torno al control de las causas y los efectos de este sesgo (proveedores, responsables del despliegue, supervisores, etc.).

4. Sobre el papel, se podría considerar como una conducta cuidadosa la adopción de las medidas adecuadas por parte del supervisor para evitar verse afectado por el sesgo de automatización. Sin embargo, resulta difícil determinar cuáles son los umbrales de riesgo permitido que permitan valorar una conducta como descuidada, en la medida que los supervisores de sistemas de IA no tienen establecidas obligaciones o criterios respecto al desarrollo de tal actividad en el RIA, presentándose otras fuentes de la determinación del riesgo permitido, como la *lex artis* o el principio de confianza, como limitadas en este contexto, ante la aún incipiente implantación de estos sistemas en la realidad social.

5. Los supuestos en los que se produzcan resultados lesivos como consecuencia del sesgo de automatización en el ejercicio de labores de supervisión serán, en principio, considerados como supuestos de imprudencia inconsciente, en la medida que, por definición, el

sujeto afectado no se representa el riesgo de que se produzca el resultado lesivo. Sin embargo, si la falta de representación por parte del sujeto se produce como consecuencia de la infracción de deberes de vigilancia y evitación de resultados, se puede plantear la posibilidad de considerarlos como supuestos de imprudencia consciente, siendo clave a estos efectos la forma en la que se interpreten el contenido y los límites de las obligaciones del supervisor del sistema de IA, en particular a la hora de plantear la posibilidad de imputar responsabilidad a título de dolo eventual.

6. De acuerdo con la doctrina relativa a los comportamientos alternativos conforme a derecho, no podrá imputarse responsabilidad al supervisor cuando el resultado lesivo se hubiese producido aunque hubiese ejercitado un control humano significativo del sistema de IA (o bien si la ausencia de tal control no ha supuesto un incremento del riesgo, si nos acogemos a este otro criterio, doctrinalmente minoritario). En cualquier caso, la prueba tanto de la posibilidad de evitar el resultado, como del incremento del riesgo, respecto de la realización de la conducta debida, se presenta como previsiblemente difícil al tratase los sistemas de IA, por lo general, de elementos técnicamente complejos.

7. Los sistemas de IA que presentan mayores niveles de autonomía tienden a presentar mayores grados de imprevisibilidad en su funcionamiento, lo que genera dificultades en relación con la imputación objetiva de los resultados lesivos derivados de su uso como consecuencia de la falta del dominio del hecho por parte del supervisor. No obstante, para los supuestos en los que existan deberes especiales de actuación, como los derivados de la posición de garante del supervisor de un sistema de IA, la doctrina de los delitos de infracción de deber aporta soluciones que permiten solventar algunos de los problemas de imputación derivados de la falta de dominio del hecho en estos contextos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Beck, J., Burri, T., «From «Human Control» in International Law to «Human Oversight» in the New EU Act on Artificial Intelligence», *Forthcoming* en Amoroso, D., Santoni de Sio, F. (eds.*), Research Handbook on Meaningful Human Control of Artificial Intelligence Systems*, Elgar, 2023. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4236554 (recuperado el 15 de septiembre de 2024).

Bolea Bardón, C., «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret,* núm. 4, 2018.

Cámara Arroyo, S., «¿Sueñan los androides delincuentes con penas electrónicas? Sistemas de armamento autónomo y responsabilidad penal: nuevos desafíos para el Derecho penal», en García Sánchez, B., Jiménez García, F. (coords.), *La atribución de una responsabilidad jurídico penal e internacional de la Inteligencia Artificial*, Iustel, Madrid, 2023, pp. 225-286.

Coco, A., «Exploring the Impact of Automation Bias and Complacency on Individual Criminal Responsibility for War Crimes», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 21, núm. 5, 2023, pp. 1077-1096.

Contreras Caimovich, L., «Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones*, Política criminal*, vol. 13, núm. 25, 2018*,* pp. 387-443.

— «La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada», *Política criminal*, Vol. 10, núm. 19, 2015, pp. 266-296.

Dopico Gómez-Aller, J., *Omisión e injerencia en Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Enqvist, L., «Human oversight' in the EU artificial intelligence act: what, when and by whom?», *Law, Innovation and* Technology, vol. 15, iss.2, 2023, pp. 508-535.

Feijoo Sánchez, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

— *Dolo eventual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

Giannini, A., Kwik, J., «Negligence failures and negligence fixes. A comparative analysis of criminal regulation of AI and autonomous vehicles», *Criminal Law Forum*, núm. 34, 2023, p. 43-85.

Gil Gil, A., «Sistemas de armas autónomos letales. Comentario a la posición española, con especial atención a algunos problemas jurídico-penales», *Revista General de Derecho Penal,* núm. 38, 2022.

Gimbernat Ordeig, E., «Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* vol.48, 2015, pp. 21-62.

Giuca, M., «Disciplinare l'intelligenza artificiale. La riforma francese sulla responsabilità penale da uso di auto a guida autónoma», *Archivio Penale*, núm. 2, 2022.

Goddard, K., Roudsari, A., Wyatt, J. C., «Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators», *Journal of the American Medical Informatics Association*, núm. 19, 2012, pp. 121-127.

Grupo de Expertos de Alto Nivel Sobre Inteligencia Artificial de La Comisión Europea, *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019.

Hacker, P., «The European AI liability directives, Critique of a half-hearted approach and lessons for the future», *Computer law and security review*, núm. 51, 2023.

Harbers, M., Peeters, M. M. M., Neerincx, M. A., «Perceived Autonomy of Robots: Effects of Appearance and Context», en Aldinhas Ferreira, M., Silva Sequeira, J., Tokhi, M., E. Kadar, E., Virk, G. (eds.) *A*

World with Robots. Intelligent Systems, Control and Automation: Science and Engineering, Springer, Cham, 2017, pp.19-33.

JAKOBS, G., *Derecho Penal: Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación,* 2.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.

KAUTZ, H. A., «The third AI summer: AAAI Robert S. Engelmore memorial lecture», *AI Magazine*, vol. 43, núm. 1, 2022, pp. 105-125.

LAZCOZ MORATINOS, G., *Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos*, AEPD, Madrid, 2022.

MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. C., «Artículo 10», en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. C., (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023,* 2.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 71-76.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte general*, 8.ª edición, Reppertor, Barcelona, 2006.

MIRÓ LLINARES, F., «General Report», *Revue Internationale de Droit Pénal,* vol. 95, iss. 1, 2024, pp. 19-87.

MONGILLO, V., «Responsabilidad penal y extrapenal de las personas jurídicas por delitos relacionados con la inteligencia artificial: vías de intervención legal y principales obstáculos», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, núm. 4, 2024.

PALMA HERRERA, J. M., «Inteligencia artificial y neurociencia. Algunas reflexiones sobre las aportaciones que pueden hacer al Derecho Penal», PERIS RIERA, J. M., MASSARO, A. (coords.), *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias*, Roma Tre-Press, Roma, 2023, pp. 249-270.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

PARIONA ARANA, R., «La teoría de los delitos de infracción de deber y el principio de legalidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 26, 2024.

PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad: la remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019.

PERIN, A., *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un método di giduzio,* Editoriale Scientifica, Nápoles, 2020.

— «Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia», *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 8, núm. 1, 2019, pp. 3-28.

PICOTTI, L., «Traditional Criminal law categories and AI: crisis or palingenesis? General report», *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 94, issue 1, 2023, pp. 11-53.

QUINTERO OLIVARES, G., «La robótica ante el derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontrolada», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 1, 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROMEO CASABONA, C. M., «La discusión sobre la atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial, en particular a sistemas autónomos», en ROMEO CASABONA, C. M., RUEDA MARTÍN, M. Á. (eds.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, volumen II: Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, Granada, Comares, 2023, pp. 57-82.

ROMEO CASABONA, C. M., «El tipo del delito de acción imprudente», en ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2016, pp. 123-137.

ROMEO CASABONA, C. M., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Comares, Granada, 2005.

SALVADORI, I., «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», *Cuadernos de política criminal*, núm. 133, mayo 2021, pp. 137-174.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: «Argumentos consecuencialistas, concurrencia de imprudencias y evaluación de soluciones técnico jurídicas», Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXX, 2010, pp. 447 y ss.

— «Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtsgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich», *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht*, vol. 152, 2005, pp. 700 y ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, núm. 79, 2005, p. 99-112.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

— «Mandato de determinación e imprudencia», *InDret*, núm. 2, 2012.

— *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición, Editorial Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

SKITKA, L. J., MOSIER, K. L., BURDICK, M., «Does automation bias decision-making?», *International Journal of Human-Computer Studies*, vol. 51, núm. 5, 1999, pp. 991–1006.

STRUENSEE, E., «Consideraciones sobre el dolo eventual», *InDret*, núm. 4, 2009.

TRIGUERO, I., MOLINA, D., POYATOS, J., DEL SER, J., HERRERA, F., «General Purpose Artificial Intelligence Systems (GPAIS): Properties, definition, taxonomy, societal implications and responsible governance», *Information Fusion*, vol. 103, 2024, pp. 6-9.

VALLS PRIETO, J., «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-27, 2022.

VERDICCHIO, M., PERIN A., «When Doctors and AI Interact: on Human Responsibility for Artificial Risks», *Philosophy and Technology*, vol.35, núm. 11, 2022.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMMA MARTÍNEZ GALINDO
Abogada. Profesora Titular Derecho Penal
Universidad CEU San Pablo

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad personal en extradiciones.

«En la STC 17/2024, de 31 de enero, se ha aclarado la doctrina sobre tutela judicial del derecho a la libertad en los procedimientos de extradición pasiva fijada en las SSTC 147/2020 y 147/2021 en el sentido de distinguir una garantía básica, consistente en que el órgano judicial verifique, al examinar la petición de extradición, la imparcialidad de la autoridad que la ha emitido, garantía inherente al deber de motivación reforzada de una decisión que ha de afectar necesariamente a la esfera de la libertad personal del reclamado, y una garantía específica, consistente en que la solicitud venga refrendada por una autoridad judicial desde el mismo país de origen, fundada en el artículo 7.1 a) LEP, que es de directa aplicación en caso de ausencia de convenio de extradición con el Estado reclamante (STC 147/2021, FJ 4), pero que puede verse modulada en función de lo previsto en el convenio de extradición vigente entre las partes, en tanto que fuente normativa de aplicación preferente en los términos del artículo 1.1 LEP, de modo que, aun cuando sea una exigencia inherente a la tutela judicial efectiva del derecho a la libertad personal del *extraditurus* que nuestros tribunales verifiquen que la necesidad y proporcionalidad de

la medida ha sido debidamente ponderada por un órgano judicial del país emisor, dicha intermediación judicial puede dispensarse excepcionalmente cuando concurran las siguientes exigencias:

(i) Que se trate de un procedimiento de extradición regido por un convenio bilateral o multilateral que admita la posibilidad de que la petición de entrega pueda emanar de una autoridad no jurisdiccional.

(ii) Que el país requirente suministre información suficientemente expresiva de que se trata de una autoridad que, conforme a su legislación interna, está facultada para emitir una solicitud de extradición en condiciones equivalentes a las de una autoridad judicial.

(iii) Que el contenido de la solicitud y de la documentación anexa proporcione a los órganos judiciales españoles la información necesaria para verificar que la misma resulta necesaria y proporcionada».

(STC 52/2024, de 8 de abril de 2024. Recurso de amparo 7490-2021. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 15-5-2024).

Derecho a la libertad personal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva: revocación de la suspensión de la pena de prisión al no haberse satisfecho la responsabilidad civil.

«La STC 32/2022, FJ 4, fija la doctrina constitucional (reiterada en la STC 184/2023, de 11 de diciembre, FJ 3), relativa a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), sobre las exigencias de motivación que deben observar las decisiones judiciales –en materia de revocación de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad– cuando se incumple la obligación de satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito impuesta como condición para suspender la ejecución de la condena.

Esta doctrina exige que la motivación de la revocación, en este supuesto, analice de modo específico la capacidad económica del penado referida al momento de adoptar la decisión revocatoria, que habrá de razonar sobre el carácter injustificado del impago o sobre si existe una situación de imposibilidad material que lo impida, en cuyo caso no procederá la revocación. Los derechos y fines involucrados en esta clase de decisiones: la incidencia en la libertad de las personas, la finalidad reeducativa y de reinserción social inherente a las alternativas al cumplimento de penas privativas de libertad –entre ellas, la suspensión y su eventual revocación–, y el derecho a no sufrir

discriminación en el acceso a estas alternativas en función de la capacidad económica, así lo imponen. Y también se desprende de la salvedad prevista en el artículo 86.1 d) CP que, tras disponer como motivo de revocación que el penado «no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado», excepciona: «salvo que careciera de capacidad económica para ello»».

(STC 39/2024, de 11 de marzo de 2024. Recurso de amparo 3554 2022. Ponente: D.ª Inmaculada Montalbán Huertas. BOE 23-04-2024. En el mismo sentido, SSTC 70/2024, de 6 de mayo, 78/2024, de 20 de mayo y 122/2024, de 21 de octubre).

Privaciones de libertad temporales por agentes públicos, consistentes en desplazamientos a instalaciones policiales: vulneración del derecho por traslado a Comisaría sin estar detenido ni consentir libremente el desplazamiento para practicar prueba alcoholemia.

«Como punto de partida, debemos asumir que no concurre injerencia ilegítima lesiva de la libertad personal (art. 17.1 CE en relación con el artículo 17.3 CE), cuando un individuo se encuentra voluntariamente en un lugar o se desplaza libremente de un lugar a otro. En palabras de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4, en relación con la anterior Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana «una comparecencia espontánea o a voluntad propia en dependencias policiales excluiría, de principio, todo asomo de privación de libertad, aunque esta podría llegar a constatarse, claro está, desde el momento en que el sujeto quedara imposibilitado de abandonar aquellas dependencias».

Esa libertad, sin embargo, no está presente cuando quien toma una determinada decisión –en nuestro caso, acompañar a los agentes de policía a comisaría– lo hace significativamente presionado por parte de un funcionario público, de forma que no pueda hablarse de plena autodeterminación o de la prestación de un consentimiento libre e incondicionado. En este sentido ya se pronunciaba la STC 341/1993 al resolver sobre si era voluntario o no un desplazamiento a dependencias policiales, a los efectos de identificación, en los casos en que se advertía al interesado de que la desatención de una orden conminatoria, impuesta o no por la coacción, podría dar lugar a responsabilidades penales o administrativas. Dice el pronunciamiento citado que «la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del artículo

17.1 de la Constitución: *volui, sed coactus volui*. La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. No cabe, pues, hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del artículo 17.1 de la Constitución cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención, y bien claro está que si este del acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad perderían toda objetividad las garantías del artículo 17 y se concluiría en hacer de peor condición a la persona que acata la orden que a aquella otra que la desatiende o resiste. Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 1971, caso *de Wilde, Ooms y Versyp*, II, 65)» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4).

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional previa viene sosteniendo que no son admisibles las restricciones a la libertad personal sin cobertura legal. Al respecto, la propia dicción del artículo 17.1 CE es suficientemente expresiva: «[t]oda 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» y, al interpretar esta disposición nuestra jurisprudencia sostiene que la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional, lo que se proyecta específicamente sobre el derecho a la libertad personal en las SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2, y 84/2018, de 16 de julio, FJ 3.

Finalmente, debe considerarse que la cobertura legal debe serlo para una finalidad constitucionalmente legítima, siempre expresada de manera que no genere espacios de inseguridad. Nuevamente procede la cita de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, que, en su fundamento jurídico 5 dispone lo siguiente: «La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva». O, como afirma la también citada STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2: «hemos sostenido, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que "la ley debe definir las modalida-

des y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad" (SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7)».

En definitiva, en los casos de privación de libertad temporal a ciudadanos por parte de agentes del Estado se requiere que exista una norma legal de cobertura, orientada a fines legítimos en términos constitucionales, que se exprese de forma nítida, no pudiéndose reputar como tal privación de libertad los casos en los que el ciudadano actúe de forma plenamente voluntaria.

(…/…)

No puede deducirse que exista una previsión legal clara, que responda a los requisitos de seguridad y certeza, que justifique el traslado de una persona de un punto en que se la intercepta en un control de seguridad hacia una comisaría de policía para realizar la prueba de alcoholemia en aquellos supuestos en que la persona no acepte voluntariamente, de forma indubitada y clara, ese desplazamiento para realizar la prueba. La mera referencia a la necesidad de cooperación entre cuerpos policiales, en este caso, de la Policía Nacional con la Policía Municipal, con competencias específicas en la materia, no es suficiente como norma de cobertura cuando estamos ante la restricción de un derecho fundamental, como es la libertad deambulatoria. En cualquier caso, esa necesidad de cooperación se articuló adecuadamente con la petición de la Policía Nacional de que un dispositivo móvil de la Policía Municipal de desplazase al lugar de los hechos. Una vez constatada la imposibilidad de ese traslado de la autoridad, solo cabía trasladar a la persona interceptada si, y solo si, ese desplazamiento era aceptado voluntariamente, porque no existe previsión legal para un traslado forzoso más que si se produce una detención, dentro de las previsiones contenidas en los arts. 490 y 492 LECrim y con las garantías asociadas a esa detención. Detención que, en ningún caso, se produce en el supuesto de hecho del que trae causa el proceso que culmina en el presente recurso de amparo, como se deduce claramente de la lectura del atestado, de las actuaciones y de los hechos probados de las resoluciones impugnadas».

(STC 40/2024, de 11 de marzo de 2024. Recurso de amparo 8405-2022. Ponente: D.ª María Luisa Balaguer Callejón. BOE 23 de abril de 2024).

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«a) Naturaleza y finalidad de la institución del *habeas corpus.*

Al respecto, hemos dicho en STC 73/2021, de 18 de marzo, FJ 2, que la Constitución, en su artículo 17, «después de reconocer el derecho a la libertad personal, establece un sistema de garantías destinado a preservar su efectividad. Destaca entre ellas, por su relevancia, la del procedimiento de *habeas corpus*, en cuanto instrumento procesal específicamente destinado a su defensa y protección. Tampoco debemos dejar de advertir, por su obviedad, que, como tal garantía del derecho a la libertad, este procedimiento aparece incluido en el propio precepto constitucional de referencia. Así, "el constituyente quiso que la libertad del artículo 17 CE fuera el único derecho fundamental que contuviera una garantía adicional, única y específica en el marco de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, consistente en un mecanismo *ad hoc* para evitar y hacer cesar de manera inmediata las vulneraciones del derecho mediante la puesta a disposición ante el órgano judicial de la persona privada de libertad" (STC 208/2000, de 24 de julio, FJ 3)».

b) Notas características definitorias del *habeas corpus.*

En múltiples sentencias de este tribunal y dada la naturaleza de esta garantía adicional y extraordinaria del derecho a la libertad personal, hemos concluido que las notas propias del procedimiento de *habeas corpus* son, de una parte «la celeridad, en el sentido de que, con la mayor rapidez posible, el juez haga cesar la vulneración del derecho a la libertad; y, de otro lado, la inmediación, entendida esta última como la presencia del detenido ante el juez. Al respecto, el Tribunal ha declarado que «la esencia de este proceso consiste, precisamente, en que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida, es decir, "haber el cuerpo" de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas (STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3)» (STC 12/2014, de 27 de enero, FJ 3, y 72/2019, de 20 de mayo, FJ 2, por todas)» [STC 73/2021, de 18 de marzo, FJ 2 B)].

Dicho de otro modo, se vulnera el derecho a la libertad de toda persona detenida en su vertiente del derecho al control judicial de la detención (art. 17.1 y 4 CE) cuando, habiendo solicitado el *habeas*

corpus al considerar que su detención es ilegal, no se procede de forma acelerada a tramitarla y dar respuesta (lo que no implica necesariamente inmediatez en la puesta a disposición judicial) y/o cuando falta un verdadero control judicial de la detención consistente en la inexcusable comprobación personal de las circunstancias de la persona detenida por parte del juez quien, al efecto, debe permitir «una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas» que estime pertinentes al efecto.

c) Tramitación del procedimiento de habeas corpus.

El procedimiento de *habeas corpus* debe tramitarse en todo caso una vez solicitada por cualquiera de las personas o instituciones legitimadas a las que se refiere el artículo 3 LOHC siempre que, en efecto, una persona se encuentre materialmente detenida. No es constitucionalmente admisible, por tanto, la inadmisión *a limine* del procedimiento por razones de fondo.

Como hemos advertido en la STC 103/2022, de 12 de septiembre, FJ 3 «[e]ste tribunal ha asentado una sólida e incontrovertida doctrina a través de las numerosas resoluciones en que ha dilucidado respecto de la denegación judicial de la incoación del procedimiento de *habeas corpus*, al considerar que no concurría ninguno de los supuestos descritos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*. En aras de la brevedad, basta con reproducir la argumentación que obra en la STC 49/2022, de 4 de abril, FJ 5, para que quede reflejada nuestra consolidada postura: «[e]n reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha resuelto sobre las consecuencias derivadas de la denegación de la incoación del procedimiento de *habeas corpus* por razones de fondo, en la consideración de que no concurre ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 1 LOHC. Este tribunal ha desautorizado repetida y categóricamente ese proceder. Concretamente, en la reciente STC 73/2021, de 18 de marzo, FJ 4, recordamos que "aun cuando la Ley Orgánica de regulación del procedimiento de *habeas corpus* posibilita denegar la incoación del correspondiente procedimiento, fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC, vulnera el artículo 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede ser valorada y enjuiciada después de sustanciado el procedimiento y oído el detenido, con intervención del Ministerio Fiscal.

Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del

presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca (entre otras, SSTC 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2, y 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2, entre las más recientes)"».

Y en la STC 73/2021, de 18 de marzo, FJ 4, aseveramos la importancia que, desde la perspectiva del derecho reconocido en el artículo 17 CE, reviste el control judicial de las privaciones de libertad: «se hace necesario reiterar una vez más que este tribunal ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal, para evitar que quede menoscabado el derecho a la libertad, ya que la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en que el juez compruebe personalmente la situación de quien pide el control judicial, siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, ofreciéndole una oportunidad de hacerse oír (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por otra parte, también es preciso recordar que es a los órganos judiciales a los que corresponde la esencial función de garantizar el derecho a la libertad mediante el procedimiento de *habeas corpus* controlando las privaciones de libertad no acordadas judicialmente; que en esa función están vinculados por la Constitución; y que tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)».

d) Eventual infracción del deber de motivación en la resolución de inadmisión *a limine.*

En relación con dicha denuncia, que de ordinario acompaña a la denuncia de infracción del derecho a la libertad personal en supuestos de inadmisión *a limine* del *habeas corpus*, este tribunal, en STC 22/2022, de 21 de febrero, FJ 1, ha afirmado que, en esos casos, «la cita del derecho fundamental proclamado en el artículo 24.1 CE resulta redundante respecto de la invocación del artículo 17.4 CE, ya que la perspectiva que se debe "adoptar es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego este derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá solo un problema de falta de tutela judicial, pro-

pio del ámbito del 24.1 CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de habeas corpus, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la propia garantía' (así, entre las últimas, SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 6, y 204/2015, de 5 de octubre, FJ 4)"».

e) Asistencia letrada.

Respecto de la asistencia letrada al detenido, este ribunal ha afirmado, entre otras, en STC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4, que «el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el artículo 17.3 CE, adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo. En este sentido su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (por todas, SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4, y 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2)»».

(STC 85/2024, de 3 de junio de 2024. Recurso de amparo 1467-2023. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 8-7-2024).

ARTÍCULO 18

Derecho a la intimidad: agente encubierto.

«La exigencia constitucional o legal de autorización judicial cuando la actuación del agente encubierto afecte a los derechos fundamentales que el precepto prevé, e incluso el derecho a que se incorporen íntegramente al proceso las informaciones obtenidas, es una garantía del investigado tenga o no la actuación del funcionario de policía judicial cobertura de agente encubierto, pues dimanan respectivamente de los derechos fundamentales que exigen constitucional o legalmente la intervención judicial y del derecho a un proceso con todas las garantías.

Estas dos finalidades de la regulación serán tratadas a continuación:

a) La decisión –de operativa policial– de infiltrar un agente encubierto se produce necesariamente en investigaciones policiales ya iniciadas de las que han resultado informaciones de cierta calidad y, por eso, aptas para poder justificar que el éxito de estas requiere la infiltración –como agente encubierto– de un funcionario de la policía judicial en la organización criminal. Como consecuencia de dicha autorización queda habilitado –en muchos casos quien estaba actuando como infiltrado– para actuar bajo identidad supuesta en todo lo relacionado con la investigación concreta, a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad ficticia, a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. A partir de la autorización queda exento de responsabilidad por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la habilitación y no constituyan una provocación al delito. La imposibilidad de proceder penalmente contra el agente encubierto y la expresa autorización para que se le otorgue una identidad falsa y para que pueda operar con la misma frente a terceros, son modificaciones introducidas por la reforma.

De este modo para garantizar su seguridad física y la de su familia se le exceptúa del régimen ordinario de identificación. Se autoriza a modificar la identidad del funcionario de policía judicial otorgándole una nueva identidad irreal que accederá a todas las bases de datos y registros en los que conste y, consiguientemente dará lugar a la expedición de los correlativos documentos que acrediten dicha identidad ficticia (desde DNI, a tarjetas de crédito, antecedentes policiales y penales, hasta la expedición de titulaciones falsas) sin que ni tan siquiera sea necesario desvelar su identidad real al testificar en el proceso.

(…/…)

No puede afirmarse que antes –y después– de dicha previsión legal el agente que actuaba o actúa, sin autorización judicial o del Ministerio Fiscal esté al margen de la ley pues se trata de una actuación de la policía judicial, en ocasiones siguiendo indicaciones del Ministerio Fiscal en el marco de unas diligencias preprocesales, en cumplimiento de las funciones que el ordenamiento le impone en la averiguación de los delitos y el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes

(arts. 126 CE y 282 LECrim). Las declaraciones prestadas por los agentes infiltrados podrán ser valoradas como prueba, si bien en caso de cuestionarse su actuación no tendrá las garantías de exoneración de responsabilidad de quien actúa con la habilitación legalmente concedida y por otra parte deberá extremarse el control judicial a fin de descartar que el investigado ha sido objeto de provocación delictiva. La actuación del infiltrado, tanto antes de ser habilitado como agente encubierto como después, salvo que suponga una provocación del delito a quien no quería cometerlo o de otra forma vulnere los derechos fundamentales, será lícita y su declaración podrá servir de prueba en el acto del juicio.

b) En relación con el investigado, como se ha adelantado, el precepto pretende reforzar el respeto de sus derechos fundamentales al exigir autorización judicial para las actuaciones del agente encubierto que con carácter general afecten a sus derechos fundamentales e imponer autorización judicial específica para actuar con la identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación y para intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido, o la obtención de imágenes y la grabación de conversaciones que puedan mantenerse entre el agente y el investigado (art. 282 bis.3, 6 y 7 LECrim). Y, por otra parte, y esto es lo determinante –que le aleja de figuras similares– el precepto busca reforzar las previsiones para evitar que pueda ser víctima de un eventual delito provocado.

En este sentido, debe interpretarse la propia previsión legal de un procedimiento claro y accesible de habilitación de la operación encubierta por el Ministerio Fiscal o por el órgano judicial, basado en la preexistencia de indicios de delito y el reconocimiento del derecho a la aportación en su integridad al proceso de la información obtenida por el agente encubierto (art. 282 bis.1 LECrim). Debe indicarse que esta última garantía –pero no la primera, sobre la que volveremos al examinar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– la tendrá el investigado tenga o no la actuación del funcionario de Policía judicial cobertura de agente encubierto, esto es, aun cuando no actúe bajo identidad supuesta y no esté inicialmente exento de responsabilidad penal, al encontrarse vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías [arts. 24.2 CE y 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)].

(…/…)

Como ha afirmado el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos descarta la posible afectación del derecho a la intimidad del investigado por la actuación del agente encubierto al asumir el investigado, el riesgo de que su interlocutor fuera un agente de policía. En tal sentido indica la STEDH de 15 de junio de 1992, asunto *Lüdi c. Suiza*, § 40 (…/…) Con sustento en el mismo argumento de dicha sentencia, la STEDH de 23 de octubre de 2018, asunto *Guerni c. Bélgica*, reitera la inexistencia de injerencia en el derecho a la vida familiar al aceptar los argumentos de la sentencia del Tribunal de casación belga (…/…) Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos refiere, desde la perspectiva del derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH), que «las acciones de los agentes encubiertos deben tratar de investigar la actividad delictiva en curso de una manera esencialmente pasiva y no ejercer una influencia tal que incite a la comisión de un delito mayor que el que el individuo ya estaba planeando cometer sin dicha incitación (véase *Matanović*, citada anteriormente, § 123-124, con referencias adicionales)».

La principal garantía del acusado es la de que el Tribunal examine «si los agentes del Estado que llevaron a cabo la actividad encubierta se mantuvieron dentro de los límites de un comportamiento 'esencialmente pasivo' o los sobrepasaron, actuando como agentes provocadores (véase la sentencia *Matanović*, antes citada, § 123-124 y 132)». A tal fin, es importante que el demandante tenga «la oportunidad de interrogar a los agentes de policía que participaron» en las operaciones encubiertas, pero «con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal también era necesario que otros testigos que pudieran declarar sobre la cuestión de la incitación fueran oídos en juicio y sometidos a contrainterrogatorio por la defensa, o al menos que se motivara detalladamente cualquier omisión al respecto (véase la sentencia *Bannikova*, antes citada, § 65)». (STEDH de 23 de noviembre de 2017, asunto *GRBA c. Croacia*, § 100, 105, 119).

En fin, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos refiere que cuando del examen del conjunto del proceso pueda concluirse que la actuación de los policías ha ido más allá de la de agentes encubiertos porque han instigado a la infracción y nada permite pensar que sin su intervención esta se habría cometido, dicha intervención y su utilización en el proceso penal impugnado supone que, desde el primer momento, el investigado se vería definitivamente privado de un juicio justo (STEDH de 9 de junio de 1998, asunto *Teixeira de Castro c. Portugal*, § 39)».

(STC Pleno 87/2024, de 4 de junio de 2024. Recurso de amparo 4949-2021. Ponente: D. César Tolosa Tribiño. BOE 8.7.2024).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción. Sobreseimiento sin realizar investigación suficiente.

«Este tribunal se ha venido tradicionalmente refiriendo a la exigencia constitucional de una investigación judicial suficiente y eficaz con ocasión del enjuiciamiento de decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncias de torturas o malos tratos sedicentemente sufridos bajo custodia policial (tanto en el marco de detenciones incomunicadas, como en el caso de las comunicadas) o en el contexto de actuaciones de agentes estatales, como pueden ser los funcionarios de prisiones (entre otras muchas, SSTC 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero; 52/2008, de 14 de abril; 40/2010, de 19 de julio; 153/2013, de 9 de septiembre; 130/2016, de 18 de julio; 39/2017, de 24 de abril; 166/2021, de 4 de octubre, y 34/2022, de 7 de marzo).

En esa jurisprudencia constitucional, que se halla en consonancia con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia (SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. Reino Unido*; de 28 de julio de 1999, asunto *Selmouni c. Francia*; de 11 de abril de 2000, asunto *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*; de 16 de diciembre de 2003, asunto *Kmetty c. Hungría*, y de 2 de noviembre de 2004, asunto *Martínez Sala y otros c. España*, entre otras muchas), se afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla, dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición.

Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela. Y hemos subrayado también que en estos casos el derecho a la tutela judicial efectiva solo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso y teniendo siempre presente la escasez

de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos y la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión.

Este tribunal ha advertido igualmente que, si bien esta diligencia reforzada que se exige del órgano judicial no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles, sin embargo sí «vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas» (por todas, SSTC 34/2008, FJ 6, y 40/2010, FJ 2), ya que respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los tratados internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana (art. 10.1 CE) puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física de agentes del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral.

En suma, con la exigencia de investigación eficaz y suficiente «no se trata de que se practiquen todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables», sino «de que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que *a priori* se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones» (STC 34/2008, FJ 8). Dicho de otro modo, el canon de investigación suficiente y eficaz se refiere tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción (SSTC 34/2008, FJ 8; 52/2008, FJ 5, y 63/2008, de 26 de mayo, FJ 4).

3. La extensión de la doctrina constitucional sobre investigación judicial eficaz y suficiente a supuestos diferentes de las denuncias por malos tratos supuestamente sufridos bajo custodia policial o de otros agentes del Estado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extendido el canon de la investigación suficiente y eficaz a supuestos diferentes de las denuncias de torturas o malos tratos que se dicen sufridos por detenidos en dependencias policiales.

Lo ha hecho así, desde luego, en casos de denuncias por agresiones y apelativos racistas en el contexto de una identificación policial en la vía pública (STEDH de 24 de julio de 2012, asunto B. S. c. España), o de lesiones sufridas por un ciudadano como consecuencia de enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas del orden público (STEDH de 9 de marzo de 2021, asunto López Martínez c. España), pero también en supuestos de muerte de pacientes al cuidado de un centro sanitario, tanto en el sector público como en el privado (SSTEDH de 9 de abril de 2009, asunto *Šilih c. Eslovenia*; de 19 de diciembre de 2017, asunto *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, y de 11 de octubre de 2022, asunto *Garrido Herrero c. España*, entre otras), en particular –lo que tiene especial relevancia para el presente caso– en supuestos de suicidios de personas que se encontraban bajo custodia de las autoridades estatales, ya sean pacientes en hospitales psiquiátricos, presos o detenidos en dependencias policiales (entre otras, SSTEDH de 3 de abril de 2001, asunto *Keenan c. Reino Unido*; de 16 de octubre de 2008, asunto *Renolde c. Francia*; de 31 de enero de 2019, asunto *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, y de 30 de junio de 2020, asunto *S. F c. Suiza*).

En estos supuestos de suicidios en establecimientos estatales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha advertido que la principal obligación de los Estados es adoptar medidas operativas preventivas para proteger a un individuo de sí mismo (SSTEDH de 16 de octubre de 2008, asunto *Renolde c. Francia*, § 81, y de 31 de enero de 2019, asunto *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, § 103). Precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que esta obligación positiva, que debe interpretarse de manera que no imponga una carga imposible o desproporcionada para las autoridades, surge cuando estas sabían o deberían haber sabido que la persona tenía un riesgo real e inmediato de suicidio. Cuando las autoridades conocían o deberían haber conocido ese riesgo, procede examinar si hicieron todo lo que razonablemente se podía esperar de ellas para evitar que se materializase (asuntos *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, § 110, y *Keenan c. Reino Unido*, § 90).

En particular, en el asunto *S. F c. Suiza*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve un supuesto similar al que nos ocupa en el presente recurso de amparo, pues se trataba de una persona que se suicidó en las dependencias policiales en las que se hallaba tras ser detenida por causar un accidente de tráfico en estado de embriaguez. Dicha sentencia concluye que se produjo violación del artículo 2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) en su vertiente material y procesal, razonando que «[a] este respecto, es irrelevante si los agentes del Estado estuvieran o no implicados mediante actos u omisiones en los acontecimientos que condujeron a la muerte en cues-

tión (*Taner c Turquía*, de 9 de diciembre de 2014, § 53, y *Stern c. Francia*, de 11 de octubre de 2005). Esto significa que el artículo 2 exige algún tipo de investigación oficial efectiva incluso en los casos en los que la muerte no fue el resultado del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado, pero en los que los agentes pueden ser considerados responsables (*Kaya c. Turquía*, de 19 de febrero de 1998, § 86, *Ergi c. Turquía*, de 28 de julio de 1998, § 82, y *Yaşa c. Turquía*, de 2 de septiembre de1998, §§ 98-100)» (STEDH de 30 de junio de 2020, asunto *S. F c. Suiza*, § 117).

Recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que «[p]ara que pueda ser calificada de 'efectiva' en el sentido en que debe entenderse este término en el contexto del artículo 2 del Convenio, la investigación debe ser, en primer lugar, adecuada (véase *Ramsahai y otros c. Países Bajos*, § 324). Esto significa que debe ser capaz de conducir al esclarecimiento de los hechos y, en su caso, a la identificación y sanción de los responsables (*Taner*, decisión citada anteriormente, § 54)» (STEDH de 30 de junio de 2020, asunto *S. F c. Suiza*, § 119). Y concluye que «[e]n todos los casos, las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para obtener pruebas relacionadas con los hechos en cuestión, incluyendo, entre otras cosas, el testimonio de testigos presenciales, pruebas periciales y, en su caso, una autopsia que proporcione una relación completa y precisa de las lesiones y un análisis objetivo de los hallazgos clínicos, incluyendo la causa de la muerte. Cualquier deficiencia en la investigación que debilite su capacidad para establecer la causa de la muerte o la posible responsabilidad puede incumplir esta norma (véase *Taner*, citada anteriormente, § 55, y *Giuliani y Gaggio c. Italia*, § 301)» (STEDH de 30 de junio de 2020, *S. F c. Suiza*, 2020, § 120).

En sentido similar, el Tribunal Constitucional ha aplicado ya la doctrina sobre la investigación suficiente y eficaz a asuntos distintos de la clausura anticipada de una instrucción penal incoada por una denuncia de supuestas torturas o tratos inhumanos y degradantes que se dicen sufridos durante una detención policial. Lo ha hecho así (siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentada en la citada STEDH de 9 de marzo de 2021, asunto López Martínez c. España), en las SSTC 53/2022, de 4 de abril, y 124/2022, de 10 de octubre, en supuestos de sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales incoadas por las lesiones sufridas por un menor, en el primer caso, y por una periodista en el ejercicio de su labor informativa, en el segundo, como consecuencia de intervenciones policiales en el curso de enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas del orden público.

Asimismo, este tribunal ha entendido que la exigencia constitucional de realizar una investigación judicial exhaustiva y eficaz alcanza también a los supuestos de sobreseimiento de diligencias previas incoadas por hechos presuntamente delictivos cometidos en contextos vinculados a la violencia de género o a la que tiene lugar dentro del ámbito familiar o afectivo sobre víctimas vulnerables (SSTC 87/2020, de 20 de julio, y 131/2023, de 23 de octubre). De modo que, en estos casos, no es la previa existencia de una relación institucional de especial sujeción con el aparato policial o represivo del Estado la que fundamenta la aplicación del canon reforzado de la investigación judicial eficaz y suficiente, sino la realidad material de esa misma especial sujeción de la víctima vulnerable con el presunto victimario».

(STC 1/2024, de 15 de enero de 2024. Recurso de amparo 6092-2021. Ponente: D. Enrique Arnaldo Alcubilla. BOE 20-02-2024. En el mismo sentido, STC 35/2024, de 11 de marzo y 144/2024, de 2 de diciembre. Y sobre esta materia por lesiones en institución penitenciaria, STC 105/2024, de 9 de septiembre).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal.

«Este tribunal ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un ius ut procedatur, que integra el derecho a iniciar un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad 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); pero no incluye el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena (SSTC 157/1990, de 18 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3, entre otras)».

(STC 48/2024, de 8 de abril de 2024. Recurso de amparo 2975-2020. Ponente: D.ª Inmaculada Montalbán Huertas. BOE 15-5-2024).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de las resoluciones judiciales.

«Es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, el derecho a obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal que prevea la inadmisión, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y

fundada en Derecho, no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, con independencia de que sea favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que 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. Es preciso señalar que, como entre otras, ha sostenido la STC 132/2007, de 4 de junio, FJ 4, «no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, 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 (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5; y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3, entre otras)».

Es preciso recordar también que «el juicio sobre la arbitrariedad y falta de fundamento jurídico de una resolución judicial debe distinguirse cuidadosamente de las discrepancias que pueden tenerse con la forma en que el juzgador ordinario (…) interpreta y aplica las leyes. El Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre esa última cuestión, pues de acuerdo con el artículo 117.3 CE ya citado y el 123.1 CE, esa interpretación y aplicación corresponde exclusivamente a los órganos judiciales ordinarios, salvo que al hacerlo violasen alguna garantía constitucional, lo que en este caso se habría producido si realmente, como afirma la recurrente, la aplicación de la legalidad fuese solo una apariencia por carecer manifiestamente de todo fundamento razonable» (STC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3».

(STC 48/2024, de 8 de abril de 2024. Recurso de amparo 2975-2020. Ponente: D.ª Inmaculada Montalbán Huertas. BOE 15-5-2024).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Revocación de la sentencia absolutoria basada en una discrepancia en la valoración de la prueba que supone una extralimitación de las facultades del tribunal de apelación.

«La jurisprudencia constitucional en la materia, con los precedentes de la ya establecida en las SSTC 169/2004, de 6 de octubre; 246/2004, de 20 de diciembre; 192/2005, de 18 de julio, o 115/2006,

de 24 de abril, aparece resumida en la STC 112/2015, de 8 de junio, que incide en las siguientes consideraciones:

(a) Es constitucionalmente posible anular las resoluciones judiciales penales materialmente absolutorias en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación (FJ 4).

(b) El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, lo que permite un control, desde el prisma de ese derecho, sobre si el veredicto o la resolución judicial que lo recoge son manifiestamente infundados, arbitrarios, irrazonables o irrazonados, o bien son fruto de un error patente que derive de las actuaciones (FJ 5).

(c) Es conforme con la Constitución que, en un procedimiento de revisión de una sentencia absolutoria pronunciada por un tribunal de jurado, esta sea revocada con fundamento en la existencia de una arbitrariedad en su motivación lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las acusaciones (FJ 6). A esos efectos, el Pleno de este tribunal destacó en la citada STC 169/2004, que los defectos constitucionales de motivación suponen «en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integran en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante de la ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6)» (FJ 4). De ese modo, en aplicación de esta jurisprudencia este tribunal ha confirmado en las citadas SSTC 169/2004, 246/2004, 192/2005 o 115/2006, la constitucionalidad de las decisiones judiciales dictadas en segundo grado que anulan sentencias absolutorias previas por defectuosa motivación en las actas de votación de los tribunales de jurado.

En atención a lo expuesto en los tres apartados anteriores, se constata que el fundamento esencial de la jurisprudencia constitucional en la

materia es que una adecuada ponderación del elenco de garantías constitucionales de las que están revestidas las partes acusadas y acusadoras, partiendo de la ya señalada posición asimétrica de ambas, determina que la revocación de sentencias absolutorias solo resulta constitucionalmente justificada cuando concurran vulneraciones de las garantías constitucionales de las acusaciones que impidan considerar que el proceso se ha desarrollado conforme a reglas esenciales mínimas del procedimiento debido respecto de ellas. Esas garantías constitucionales son las referidas no solo a las que se derivan del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) o de la interdicción de la indefensión (art. 24.1 CE) sino también, en los términos expuestos, a las que se derivan de manera más genérica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), incluyendo las referidas al deber constitucional de motivación, que excluye aquella que puede ser calificada como arbitraria, manifiestamente irrazonable o incursa en un error patente.

Esos efectos, es necesario destacar que el modelo limitado de revisión en segundo grado que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en favor de las partes acusadoras ha permitido siempre cuestionar en apelación el juicio fáctico de una sentencia absolutoria alegando la existencia de «error en la valoración de la prueba». A través de este motivo, en atención a que la pretensión es la revocación de una sentencia absolutoria, ha sido y es posible denunciar la manifiesta irrazonabilidad de las conclusiones probatorias que han llevado a la absolución, en tanto que vulneración de una de las garantías constitucionales esenciales de las partes acusadoras reconocidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sin embargo, no resulta posible, conforme a una interpretación constitucionalmente asumible de este motivo de recurso contra sentencias absolutorias, que a su amparo se vuelvan a valorar las pruebas practicadas en el juicio oral de instancia para, de ellas, extraer una conclusión probatoria alternativa que confronte y pretenda sustituir la alcanzada en la instancia. Dada su naturaleza, la revisión que es posible en segundo grado no se refiere a las pruebas en sí mismas, sino a la sentencia recurrida, y a la fundamentación de su valoración.

Por tanto, las posibilidades efectivas de revocación de una sentencia absolutoria al amparo de este motivo de recurso se limitan constitucionalmente a un control de razonabilidad cuyo objeto puede extenderse: (i) a la motivación o justificación de la conclusión probatoria, cuando resulte ausente, insuficiente o apoyada en un error de hecho patente que derive de las actuaciones; (ii) a la utilización de reglas de inferencia fáctica contrarias a la lógica, el conocimiento científico o las máximas de experiencia; (iii) a la omisión de razonamiento sobre pruebas practicadas que sean relevantes para el fallo; o

finalmente (iv) a la previa decisión de excluirlas del acervo probatorio por considerarlas inválidas (contrarias a los principios de igualdad de armas y contradicción) o ilegítimas (por haberse declarado que fueron obtenidas como consecuencia de la vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales sustantivos). Se trata, en última instancia, de criterios de control que son garantía frente a la arbitrariedad de la decisión judicial absolutoria lesiva de una garantía constitucional esencial de las acusaciones reconocida en el artículo 24.1 CE, y que, sintetizando jurisprudencia anterior, han sido oportunamente recogidos en el artículo 790.2 LECrim. tras su reforma por Ley 41/2015.

Atendiendo a los criterios expuestos, que son parámetro constitucional de control de las decisiones sobre el juicio fáctico de instancia adoptadas en apelación, es posible distinguir conceptualmente el juicio sobre el hecho y sobre la prueba, que realiza el juzgador de instancia, y la revisión de la racionalidad del juicio probatorio de instancia, que realiza el juez de segundo grado o de apelación, sin que pueda introducir hechos o establecer nuevas conclusiones probatorias.

En conclusión, para desarrollar la tarea de control de la racionalidad y suficiencia de la decisión absolutoria al amparo de una causa de recurso que permita controvertir el juicio fáctico de la instancia en que se basa la absolución, el juez de segundo grado debe acudir a la sentencia y no a las pruebas: el vicio de justificación que posibilita la anulación de la sentencia absolutoria con fundamento en una eventual vulneración de la interdicción de la arbitrariedad como garantía constitucional esencial de las acusaciones reconocida en el artículo 24.1 CE, debe emerger del texto de la decisión, confrontado con el desarrollo del juicio y la prueba documental que a él ha accedido, que siempre puede ser tomada en consideración a estos efectos (STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4). Todo ello sin perjuicio de que las omisiones valorativas probatoriamente relevantes denunciadas por la acusación sean verificadas por el órgano revisor, en todo caso, sin prejuzgar el resultado de un nuevo enjuiciamiento. El control que es posible en apelación para controvertir el juicio fáctico de una sentencia absolutoria no consiente el acceso a las fuentes de prueba para reevaluarlas dado que, en nuestro modelo de revisión sería contrario a las garantías del juicio justo, que no permiten en ese contexto impugnatorio de las acusaciones una valoración alternativa de las inferencias fácticas ni una reconstrucción del hecho probado».

(STC Pleno 72/2024, de 7 de mayo de 2024. Recurso de amparo 2228-2020. Ponente: D. Juan Carlos Campo Moreno. BOE 10-6-2024. En el mismo sentido, STC 77/2024, de 20 de mayo y 108/2024, de 9 de septiembre).

Derecho a no padecer indefensión.

«Debe tenerse presente que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende, entre sus múltiples vertientes, el derecho a no sufrir indefensión, que en nuestra jurisprudencia se entiende como un derecho a la defensa contradictoria, se vincula con las garantías del proceso debido reconocidas en el artículo 24.2 CE y requiere indefensión material. Así se ha puesto de relieve, entre muchas, en las SSTC 266/2015, de 14 de diciembre, FJ 4; 91/2021, de 22 de abril, FJ 4.4; 121/2021, de 2 de junio, FJ 5.4; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 6.3 A), o 131/2023, de 23 de octubre, FJ 2, todas ellas atinentes a procesos penales. Cabe destacar ahora los siguientes extremos de esta jurisprudencia:

(i) Por lo que atañe al proceso penal, ya la STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, subraya que, «[s]egún constante y reiterada doctrina de este tribunal –entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989–, el artículo 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos», que, entre otras exigencias, precisa «la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa».

(ii) Igualmente reiterada es la jurisprudencia que limita la relevancia constitucional de la indefensión a la indefensión material: «la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de [la] garantía [de la tutela judicial] y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el artículo 24 CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión «material» y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un

defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías «en relación con algún interés» de quien lo invoca (STC 90/1988)» (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2; en análogo sentido, SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 2, y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7)».

(STC Pleno 94/2024, de 2 de julio de 2024. Recurso de amparo 2136-2023. Ponente: D.ª Inmaculada Montalbán Huertas. BOE 2-8-2024).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la presunción de inocencia.

«El derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.

(ii) El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la invocación del derecho a la presunción de inocencia, carece de jurisdicción para valorar la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad.

(iii) La función de salvaguarda de este derecho a desarrollar por este tribunal queda limitada, en primer lugar, a la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa. En segundo lugar, a comprobar que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a fijar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada. En tercer lugar, desde la perspectiva del resultado de la valoración, la labor del Tribunal se ciñe a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que pone en relación la actividad probatoria con el relato fáctico resultante, por lo que la función del Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él.

(iv) Por lo que se refiere a la obligación de que el órgano sancionador exponga las razones que le han conducido a fijar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria, se ha incidido en que la idoneidad incriminatoria debe ser no solo apreciada por el juez

sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación, en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados, entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia, lo que impone como parámetro de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica. En este marco, también se ha establecido que la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la prueba de descargo aportada, exigiéndose una ponderación de esta, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo».

(STC Pleno 8/2024, de 16 de enero de 2024. Recurso de amparo 697-2022. Ponente: D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga. BOE 20-02-2024).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho al juez imparcial.

«La jurisprudencia constitucional (así, por ejemplo, SSTC 91/2021, de 22 de abril, FJ 5.1; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 2.1; o 59/2023, de 23 de mayo, FJ 2) ha reiterado, en convergencia con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el derecho a la imparcialidad judicial puede concretarse en las siguientes ideas que resultan relevantes para la resolución de la queja del demandante de amparo:

(i) El artículo 24 CE, a diferencia de lo que sucede con el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), no recoge el derecho a la imparcialidad judicial de forma singularizada, lo que no ha sido obstáculo para que, a partir de las SSTC 113/1987, de 3 de julio, FJ 2, y 145/1988, de 12 de julio, FJ 5, se reconociera que queda integrado como una garantía más dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) con una especial trascendencia en el ámbito penal.

(ii) El derecho al juez imparcial es 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. Esto exige, por estar en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que en el

ámbito de la jurisdicción penal se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. Esto es, debe configurarse como un tercero entre partes que permanece ajeno a los intereses en litigio, que queda sometido exclusivamente al ordenamiento jurídico con una libertad de criterio que no esté orientada *a priori* por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en las reglas de que el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte y que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra.

(iii) La imparcialidad judicial comprende una vertiente subjetiva, que es la que se refiere a la ausencia de una relación del juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, y una vertiente objetiva, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el proceso.

(iv) Las dudas o sospechas sobre una eventual pérdida de la imparcialidad judicial no basta con que surjan en la mente de la parte que la alega, sino que es preciso determinar en cada caso si las sospechas de que el juez ha comprometido su posición de neutralidad alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que están objetiva y legítimamente justificadas. De ello se deriva que la imparcialidad judicial ha de presumirse y que las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas».

(STC Pleno 8/2024, de 16 de enero de 2024. Recurso de amparo 697-2022. Ponente: D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga. BOE 20-02-2024).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en recurso de casación penal.

«Es doctrina constitucional consolidada que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público en el que

se respete la posibilidad de contradicción, y que en estos casos se debe igualmente atender a la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE), quedando fijados los márgenes de la revisión en estos términos: (i) vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en la que se desarrolle la necesaria actividad probatoria con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal; (ii) no cabe efectuar este reproche constitucional cuando la condena o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia en la que no estén implicadas las garantías de publicidad, inmediación y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado. Ninguna incidencia podría tener la audiencia en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado [SSTC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3; 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2; 18/2021, de 15 de febrero, FJ 3, y 133/2021, de 24 de junio, FJ 8 B)].

También puede verse afectado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) pues este tribunal ha dicho reiteradamente, con base en la doctrina establecida en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, que «en los casos en que se verifique una valoración de pruebas personales sin la debida inmediación, en la medida en que se trata de la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías, resultará también afectado el derecho a la presunción de inocencia cuando se ponga de manifiesto que dichas pruebas son las únicas tomadas en cuenta por la resolución impugnada o cuando, a partir de su propia motivación, se constate que eran esenciales para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión se convierta en ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia sentencia (así, SSTC 30/2010, de 17 de mayo, FJ 5; 135/2011, de 12 de septiembre, FJ 4, y 144/2012, de 2 de julio, FJ 6)», de manera que «cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena se ha basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de pruebas practicadas sin las debidas garantías también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que

en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determinaría la anulación de la sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones» (STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12).

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido, específicamente, que la audiencia del acusado y la directa apreciación de los testimonios personales son exigencias inherentes al juicio justo (art. 6.1 CEDH) también en el último grado jurisdiccional, cuando el tribunal de casación es llamado a pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de aquel en revisión del juicio verificado en las instancias anteriores [SSTEDH de 17 de diciembre de 2013, asunto *Ion Tudor c. Rumanía*, § 25 a 29; de 4 de junio de 2013, asunto *Hanu c. Rumanía*, y de 10 de abril de 2012, asunto *Popa y Tanasescu c. Rumanía*].

El asunto *Ion Tudor c. Rumanía* es especialmente ilustrativo porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de casación (*High Court of Cassation and Justice*), tras haberse producido la absolución del acusado en apelación (*Court of Appeal*), como consecuencia de la revisión de la valoración de la prueba que había efectuado el tribunal de primera instancia (*County Court*) en su sentencia condenatoria, vulneró su derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH) porque dirimió aspectos fácticos y jurídicos –se debatía en particular la suficiencia del testimonio incriminatorio prestado por un coacusado en fase de investigación, que se retractó en el plenario, reconocida en la primera instancia y rechazada en la segunda– que por su relativa complejidad no podían ser valorados adecuadamente sin haber oído directamente las declaraciones del acusado y de los testigos (§ 28).

En síntesis, un renovado juicio de culpabilidad efectuado por el tribunal de casación que pretenda fundarse en la apreciación de la prueba efectuada por el tribunal de primera instancia resultará inconciliable con las exigencias del proceso justo y la proscripción de la indefensión, *ex* artículo 24.1 y 2 CE, al ser la apreciación de la prueba, la audiencia del acusado y la ulterior formación del juicio de culpabilidad, momentos del desempeño de la función jurisdiccional subjetivamente indisociables».

(STC 80/2024, de 3 de junio de 2024. Recurso de amparo 3308-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 8-7-2024).

ARTÍCULO 25

Derecho a la legalidad penal

«El enjuiciamiento de la vulneración del artículo 25.1 CE exige tener presente la doctrina de este tribunal sobre el derecho a la legalidad penal, expuesta recientemente, por ejemplo, en las SSTC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3; 8/2024, de 16 de enero, FJ 6, y 93/2024, de 19 de junio, FJ 3, haciendo hincapié en la prohibición de interpretaciones y aplicaciones irrazonables de las normas penales.

a) 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». El principio de legalidad penal, además de un principio inherente al Estado de Derecho que se enuncia en el título preliminar (art. 9.3 CE) y de recordarse como un límite en la definición del estatuto y la competencia esenciales de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1 CE), se configura así como contenido de un derecho fundamental (art. 25.1 CE) (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 21 de enero, FJ 2, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5).

En numerosas resoluciones (desde la STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 6, hasta la STC 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, y, entre ellas, muchas intermedias), el Tribunal ha puesto de relieve que el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE es una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador y tiene un fundamento plural. Se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos y con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica y a una previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos que garantice un ámbito de libertad de actuación en niveles constitucionalmente admisibles. Ese fundamento determina el contenido *iusfundamental* del derecho a la legalidad penal, integrado por los diversos aspectos enunciados con el brocardo *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).

b) La primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, que impone una reserva de ley absoluta (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7) para definir delitos y para sancionarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal [SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra de carácter material y absoluto, que «refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

c) En particular, la previsibilidad de las consecuencias de la propia conducta puede eludirse tanto por un legislador como por un juzgador que actúen desconociendo el sentido de garantía de la ley penal, bien por la formulación vaga e imprecisa de la misma, bien con su aplicación a supuestos no comprendidos en ella (SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2). Frente a tal riesgo, este aspecto material de la legalidad penal contiene un doble mandato dirigido al legislador y al aplicador. Comporta, en relación con el legislador, el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, y 9/2018, de 5 de febrero, FJ 6). Los jueces y tribunales, por su parte, están sometidos al principio de tipicidad (*lex stricta*) en su labor de aplicación de las leyes, que implica una sujeción estricta a la ley penal y el veto a la exégesis y aplicación de las normas penales fuera de los supuestos y de los límites que determinan.

d) En la determinación negativa de la previsibilidad y, con ello, de los límites de una aplicación de las normas penales conforme con el artículo 25.1 CE, es doctrina reiterada de este tribunal que se quiebra el derecho «cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como

probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí» (entre otras, SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, o 150/2015, de 6 de julio, FJ 2). De otra manera, el aplicador se convertiría en fuente creadora de delitos y penas, con afectación de la previsibilidad como criterio material de seguridad jurídica que informa todas las exigencias del principio de legalidad al tiempo que con invasión del ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). El artículo 25.1 CE «impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). La analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma penal por parte de los órganos judiciales han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del artículo 25.1 CE en tanto que exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, y 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

e) El examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal tiene como primer criterio el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor literal del enunciado normativo marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7). No obstante, este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario, la necesaria formulación abstracta de los preceptos y su inserción en un sistema normativo complejo. A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (por todas, STC 129/2008, de 17 de octubre, FJ 3). Son así constitucionalmente rechazables aquellas

aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).

f) Debe por último tenerse presente que la tarea de este tribunal de fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal por parte de los juzgados y tribunales, labor aplicativa que les corresponde en exclusiva (art. 117.3 CE), no atañe a «la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y desde la perspectiva externa que le es propia como tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales […] Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y solo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada» (STC 129/2008, FJ 3)».

(STC Pleno 99/2024, de 16 de julio de 2024. Recurso de amparo 7007-2022. Ponente: D.ª Inmaculada Montalbán Huertas. BOE 28-8-2024).

Principio de legalidad penal. Interpretación extensiva o analógica.

«La jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la legalidad sancionadora, que implica que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas (art. 25.1 CE), incluye una garantía material que se concreta en un mandato de certeza o taxatividad que, entre otros extremos, prohíbe al aplicador del derecho hacer una interpretación extensiva o el uso de la analogía *in*

malam partem de la normativa sancionadora, que se proyecta también sobre la determinación de sus consecuencias jurídicas. Esta jurisprudencia, expuesta, por ejemplo, en las SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 78/2021, de 19 de abril, FJ 5; 91/2021, de 22 de abril, FJ 11; 133/2021, de 24 de junio, FJ 6 B), y 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2, puede resumirse en los siguientes aspectos nucleares:

(i) El derecho a la legalidad sancionadora se quiebra cuando la conducta enjuiciada, ya delimitada como probada, es subsumida por el órgano de enjuiciamiento de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado bien por la interpretación que se realiza de la norma bien por la operación de subsunción en sí. En estos supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal resulta contraria al valor de la seguridad jurídica en tanto que se trataría de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas.

(ii) La labor de interpretación y subsunción de los hechos probados en la norma sancionadora debe tomar como presupuestos, por una parte, que el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios; y, por otro, que el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad. En atención a ello, la seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Esta razonabilidad debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan el texto constitucional y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica, de modo que son 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 (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7, y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4).

(iii) El control a desarrollar por la jurisdicción de amparo ante la invocación del derecho a la legalidad sancionadora desde la perspectiva expuesta no permite a este tribunal sustituir a los órganos judicia-

les en el ejercicio de la función de interpretar y subsumir los hechos en las normas, pues se trata de una labor que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, conforme a lo establecido en el artículo 117.3 CE. Por tanto, no compete a este tribunal la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. La labor de control a desarrollar en la jurisdicción de amparo queda limitada, desde la perspectiva externa que le es propia, a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, referida al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoría parlamentaria de la definición de los delitos y las penas, que se traducen en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma. De ese modo, tampoco procede auspiciar alternativas interpretativas a la sustentada por el tribunal sentenciador, incluso si se considerasen más adecuadas o de mayor fuste».

(STC Pleno 8/2024, de 16 de enero de 2024. Recurso de amparo 697-2022. Ponente: D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga. BOE 20-02-2024).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 71.2

Vulneración del principio de proporcionalidad por imposición de una consecuencia accesoria al aplicar la sustitución de la pena de prisión.

«El Tribunal ha reiterado en las recientes SSTC 121/2021, de 2 de junio, FJ 12.1 E), y 122/2021, de 2 de junio, FJ 10.1 E), algunas ideas esenciales ya expuestas en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, sobre la delimitación del alcance de la exigencia de proporcionalidad en relación con la naturaleza y extensión de la pena, que pueden resumirse en los siguientes aspectos:

(a) El principio de proporcionalidad puede ser inferido de diversos preceptos constitucionales (arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE). Se trata de un criterio de interpretación que no constituye en nuestro ordenamiento

un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada, esto es, sin referencia a otros preceptos constitucionales. El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable es el de los derechos fundamentales, donde constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas; pudiendo dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza. De ese modo, tanto la configuración legislativa de las limitaciones de los derechos fundamentales, como su aplicación judicial o administrativa concreta, han de quedar reducidas a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas, en el sentido de que suponga un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulte proporcionado a ese fin legítimo.

(b) El juicio de proporcionalidad en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena, parte de la potestad exclusiva del legislador y de su amplio margen de libertad para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Por tanto, el juicio que procede realizar en sede de amparo, en protección de los derechos fundamentales, queda limitado a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho o una actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. Así, desde la perspectiva constitucional, solo cabrá calificar la reacción penal como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

(iv) El Tribunal, en la función de analizar si la interpretación controvertida del artículo 71 CP ha respetado el soporte axiológico impuesto por el principio de proporcionalidad y la orientación material de dicha norma, constata lo siguiente:

(a) La normativa penal dispone la sanción de las conductas punibles adecuando la calidad y cantidad de la respuesta penal, en térmi-

nos de privación, limitación o restricción de los derechos afectados por la pena. A esos efectos, el artículo 33 CP hace una ordenación de las sanciones penales en atención a su naturaleza y duración de modo tal que en la cúspide siempre se sitúan las penas privativas de libertad –entre ellas la prisión– y en los últimos lugares las sanciones pecuniarias, apreciándose que ninguna pena de multa tiene la consideración de pena grave y calificándose incluso como pena leve la multa de hasta tres meses.

(b) La normativa penal dispone que la imposición de una pena de prisión, en su condición de sanción más aflictiva, esté acompañada de una serie de consecuencias accesorias, que difieren también según la extensión de dicha pena (arts. 55 y 56 CP) o la naturaleza del delito (art. 57 CP). Con carácter general esas consecuencias accesorias son penas privativas de derechos diferentes a la libertad, consistentes normalmente en inhabilitaciones o suspensiones, que también aparecen en la relación de sanciones del artículo 33 CP con una superior gravedad a la de multa. De ese modo, se evidencia que, tanto en términos normativos como desde la perspectiva del sacrificio de derechos fundamentales, a los efectos de poder establecer comparaciones para el juicio de proporcionalidad, resultan más graves y aflictivas para los derechos personales las penas de prisión y las privativas de otros derechos que las de multa.

(…/…)

el Tribunal considera que los parámetros axiológicos constitucionales vinculados al principio de proporcionalidad determinan que la aflictividad a dispensar con la respuesta penal en los casos en que resulta de aplicación el artículo 71.2 CP debe ser acorde y ajustada a las premisas de la inferior responsabilidad penal que conlleva la disminución por debajo del mínimo legal previsto para cualquier pena de prisión y a la circunstancia de la obligación normativa de renunciar en cualquier caso en esos supuestos a la imposición de una pena de prisión; debiendo proyectarse tales consideraciones sobre la orientación material de la norma.

En un contexto en el que los soportes metodológicos mantenían una apertura interpretativa del artículo 71.2 CP, el Tribunal estima que las resoluciones impugnadas han optado por una interpretación que no pondera adecuadamente que la pena impuesta en el apartado primero del fallo de prisión de un mes y quince días con la accesoria de la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo,

aunque la pena de prisión en abstracto pudiera ser tomada en consideración en esa extensión durante el proceso de individualización de la pena, resultaba inexistente en una duración inferior a los tres meses por quedar sometida a la obligación legislativa de su sustitución por otras penas con una gravedad normativa e incidencia cualitativa y cuantitativa en términos de sacrificio de derechos fundamentales no parangonable con ninguna pena de prisión. Además, las penas por las que el legislador obliga a su sustitución están liberadas de las consecuencias accesorias vinculadas a la pena de prisión, que lo son solo en atención a la naturaleza de la prisión como sanción de superior gravedad dentro del ordenamiento penal y que afectaban también al derecho fundamental de representación política (art. 23.2 CE) del recurrente.

Por tanto, desde la perspectiva axiológica derivada de los criterios que informan el ordenamiento constitucional, el Tribunal debe concluir que, ante la inexistencia legal de penas de prisión inferior a tres meses por la decisión legislativa de su obligatoria sustitución por otras cualitativamente menos aflictivas, la interpretación y aplicación del artículo 71.2 CP conforme a la cual pervive la pena privativa de libertad y las consecuencias accesorias vinculadas a ella resulta una interpretación imprevisible contraria al artículo 25.1 CE, ya que utiliza un soporte axiológico ajeno al principio constitucional de proporcionalidad por implicar un desproporcionado sacrificio en el derecho fundamental del afectado de representación política, que produce un patente derroche inútil de coacción».

(STC Pleno 8/2024, de 16 de enero de 2024. Recurso de amparo 697-2022. Ponente: D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga. BOE 20-02-2024).

ARTÍCULO 89

Pena sustituida por la expulsión de extranjeros.

«En relación con la expulsión sustitutiva de la pena de prisión, el Tribunal ha especificado que la conexión entre la exigencia de audiencia y el deber de ponderar se extiende no solo a las circunstancias personales del interesado obstativas, sino también a aquellas otras que, aunque proceda la expulsión desde tal perspectiva, puedan, sin embargo, fundar la decisión excepcional de hacer cumplir la pena de prisión impuesta (o una parte de la misma) «para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma

infringida por el delito», tal y como prevé el artículo 89.1 CP (STC 113/2018, FJ 5). En estos casos, el trámite de alegaciones «posibilita que el acusado pueda ejercer su derecho constitucional de defensa sobre la concreta forma de cumplimiento de la pena que se le va a imponer, pudiendo alegar acerca de cualquier circunstancia que estime conveniente» (STC 113/2018, FJ 5), haciendo factible la ponderación que debe efectuar el órgano judicial a través de una evaluación individualizada. En el asunto resuelto en la STC 113/2018 se estimó que la decisión judicial de acordar una sustitución solo parcial de la pena de prisión por expulsión sin dar audiencia a las partes para pronunciarse sobre esa posibilidad, que no habían estado presentes en el debate previo, en el que solo se discutió sobre la existencia de arraigo (que se descartó), vulneró el derecho de defensa, «sin que el hecho de que dicho trámite no estuviera previsto en la norma impida al órgano judicial realizar una interpretación más conciliadora con los principios que deben regir el proceso penal» (FJ 6)».

(STC 124/2024, de 21 de octubre de 2024. Recurso de amparo 2799-2023. Ponente: D. Ramón Sáez Valcárcel. BOE 27-11-2024).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 49.1

Argumentación suficiente de la demanda de amparo.

«Uno de los requisitos de la demanda de amparo es la aportación de una argumentación suficiente sobre la pretensión que se formula y la *causa petendi* en la que se sustenta (art. 49.1 LOTC). Ha señalado al respecto este tribunal que sobre quien impetra el amparo constitucional pesa, no solamente la carga de abrir la vía para que este tribunal pueda pronunciarse sobre las vulneraciones de la Constitución que se aleguen, sino además la de proporcionar la fundamentación jurídica y fáctica que razonablemente cabe esperar, y que se integra en el deber de colaborar con la jurisdicción constitucional, sin que le corresponda a este tribunal reconstruir de oficio las demandas, suplir los razonamientos de las partes, ni suscitar la eventual existencia de los motivos relevantes para el amparo fuera de la vía prevista en el artículo 84

LOTC (por todas, SSTC 143/2003, de 14 de julio, FJ 2; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 2).

b) De acuerdo con nuestra doctrina, el incumplimiento en la demanda de amparo de la referida carga argumental no resulta subsanable y «permite sin más la inadmisión *a limine* de la demanda de amparo, con arreglo al artículo 50.1 c) LOTC, por no darse los elementos de juicio necesarios para poder apreciar el contenido constitucional que justifique su admisión» (AATC 181/2001, de 2 de julio, FJ 2, y 86/2004 de 22 de marzo, FJ 2)».

c) El incumplimiento del deber de aportar una argumentación suficiente con la propia demanda no puede ser subsanado, en particular, en el trámite de alegaciones previsto en el artículo 52 LOTC; pues es en la demanda de amparo donde queda fijado el objeto procesal, definiendo y delimitando la pretensión (SSTC 235/1994, de 20 de julio, FJ 1; 26/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 124/1999, de 28 de junio, FJ 1, y 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 4).

Es, por ello, en la demanda donde «ha de individualizarse el acto o la disposición cuya nulidad se pretenda, con indicación de la razón para pedirla o *causa petendi* (STC 185/1996, de 25 de noviembre, FJ 1), sin que sean viables las alteraciones introducidas con ulteriores alegaciones (SSTC 109/1997, de 2 de junio, FJ 1, y 39/1999, de 22 de marzo, FJ 2), cuya *ratio* es completar y, en su caso, reforzar la fundamentación del recurso, mas no ampliarlo o variarlo sustancialmente (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 2)» [por todas, SSTC 13/2008, de 31 de enero, FJ 3, y 52/2021, de 15 de marzo, FJ 2 c)].

Ese límite objetivo a las alegaciones del artículo 52 LOTC obedece tanto al carácter insubsanable del defecto de origen como a «la indefensión que podría generar en otros comparecientes en el proceso de amparo» (por todas, STC 13/2008, de 31 de enero, FJ 3).

d) La referida doctrina solo ha sido atemperada en supuestos excepcionales en los que las alegaciones ampliatorias se producen antes del trámite del artículo 52 LOTC, y, aun en tal caso, con sujeción a requisitos muy estrictos, entre los que figuran «la no variación del derecho fundamental invocado y que se trate de hechos sobrevenidos a la presentación de la demanda, íntimamente conexos a los anteriores, y no susceptibles de una nueva demanda y posterior petición de acumulación» (por todas, STC 13/2008, de 31 de enero, FJ 3)».

(STC Pleno 90/2024, de 17 de junio. Recurso de amparo 2552-2023. Ponente: D.ª Inmaculada Montalbán Huertas BOE 25-7-2024).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

PROF. DR. SERGIO CÁMARA ARROYO
Prof. Titular de Derecho Penal y Criminología UNED

ARTÍCULO 60 CP

Imposibilidad de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al no apreciar en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. En este tipo de expedientes del artículo 60 CP será necesario, además de la asistencia letrada del interno, que se proceda a la audiencia o examen personal del interno por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

No existe un precepto en la LOGP que exija la celebración de un juicio o vista para resolver oralmente y no por escrito el expediente del artículo 60 CP. La circunstancia de que en la práctica algunos JVP convoquen a una comparecencia entre Fiscal, Letrado y forense no es sino una práctica procesal sin sustento o apoyo legal directo que no determine su ausencia la nulidad de lo resuelto.

Con ello, hay que tener en cuenta que se desestima el recurso interpuesto, pero a los efectos que interesan en cuanto al tema planteado *ex* artículo 60 CP y a los efectos de unificación de doctrina una tercera cuestión que se desprende de lo expuesto en este caso es la relativa a la comparecencia o vista con el Letrado y las restantes partes pasa por que el interno se encuentre allí y pueda ser oído.

(…) Cuando el JVP en cumplimiento del artículo 60 CP, acuerde la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y decrete la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, la audiencia del interno, que es sujeto y no objeto del procedimiento, parece obligada antes de la adopción de la medida.

Así: En el expediente del artículo 60 CP y con independencia de la decisión que haya finalmente de tomarse, resulta buena práctica acordar la necesaria audiencia o examen personal por el JVP del interno para valorar la necesidad de adopción de una medida en caso de suspensión de la prisión.

En las «conclusiones vigentes sistematizadas de encuentros de fiscales de vigilancia penitenciaria 2011-2023» (Fiscal.es) se acordó que:

«En el procedimiento debe garantizarse la contradicción, con audiencia del sujeto y nombramiento de letrado para su defensa. Además del informe médico del centro, se interesará el del médico forense sobre la concurrencia de los presupuestos del artículo 60 CP y la necesidad y tipo de medida de seguridad aplicable para garantizar la asistencia médica de la persona con trastorno mental sobrevenido».

La doctrina que al respecto se adopta, tal y como propone con acierto el Fiscal de Sala, es la siguiente:

En los expedientes del artículo 60 CP será necesario, además de la asistencia letrada del interno, que se proceda a la audiencia o examen personal del interno por el JVP.

(STS 680/2024, 27 de junio)

ARTÍCULO 76 CP

Supuesto de refundición de condenas: en caso de refundición de penas no se puede aplicar como fecha de extinción de las diversas condenas que integran la acumulación jurídica, la fecha correspondiente al máximo de cumplimiento, en consecuencia, los criterios para el cómputo son los siguientes: si consta la fecha de extinción de la condena dentro del conjunto de la acumulación jurídica, a ella debemos estar; segundo, en caso contrario puede partirse de la fecha de la firmeza de la Sentencia, adicionarle la duración de la pena impuesta, con reducción de la situación de preventivo, si constare, y sumarle el plazo de cancelación del artículo 136 CP y en tercer lugar, si nada de ello consta, ha de entenderse que falta un dato sustancial que es la fecha de extinción de la condena como dato para verificar el cómputo de la reincidencia, por lo que no se puede estimar aplicable tal circunstancia agravante

Con respecto a la acumulación jurídica, la regulación legal de la acumulación es parca, lo que obliga a una interpretación integradora

de la misma que debe mantener una orientación pro reo. Por ello, aunque el conjunto punitivo resultante de la acumulación jurídica de penas se tome legalmente en consideración como un bloque unitario de cara a la aplicación al penado de determinados beneficios (art. 78.1 CP), no puede partirse de esa premisa en su perjuicio en los aspectos que la norma no contempla.

El artículo 76.1 CP está orientado a reducir a un límite máximo racional la extensión de privación de libertad de una persona por hechos cometidos en un determinado lapso temporal (entre otras, SSTS 1249/1997; 11/1998; 109/1998; 328/1998; 1159/2000; 649/2004; 192/2010; 253/2010; 1169/2011; 369/2014 o 572/2016, de 15 de junio), y el silencio legal no puede sustentar una interpretación en perjuicio del condenado, como la que supone considerar con carácter general que el momento de extinción de todas las penas que componen el conjunto punitivo se retrasa hasta el límite total de cumplimiento, y con él el inicio del plazo de cancelación (art. 136). Es imprescindible examinar en cada caso los términos de la acumulación realizada. Pues el momento de extinción de algunas de las penas integradas en la misma podrá ser perfectamente individualizado, en particular el de las más graves, que por ello se ejecutarán materialmente primero según el orden que determina el artículo 75 CP. Habrá otras que solo resulten parcialmente cumplidas de manera efectiva, e incluso puede que algunas, por exceder del límite máximo de cumplimiento fijado, queden extinguidas por efecto de la acumulación sin ni siquiera haberse iniciado su cumplimiento real. Para estas últimas y para las que solo se cumplan en parte, esa fecha límite marcará la de su extinción por cumplimiento, pero no para todas las restantes.

Señala la jurisprudencia que «La solución que apunta la [parte] recurrente aporta criterios de certeza, pero se aparta de la necesaria orientación pro reo en la medida que dilata el inicio del plazo de cancelación de todas las penas jurídicamente acumuladas, con lo que se llega a lesionar derechos adquiridos por el penado en relación con el mismo. Porque es evidente que algunas de las penas, y desde luego la de mayor duración, se han cumplido antes de alcanzar el límite máximo que la triplica. Y una vez cumplida de manera efectiva, no existen razones fundadas para entender que no hace nacer un plazo de cancelación respeto al antecedente que integra. Plazo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 136, solo se interrumpe por la comisión de un nuevo delito. Sin olvidar que incluso la doctrina de esta Sala desde el Pleno de 8 de mayo de 1997 referido al artículo 70 CP de 1973, y más recientemente mantenida en las SSTS 297/2008, de 15 de mayo; 434/2013, de 23 de mayo, o 172/2014, de 5 de marzo, referidas ya al CP de 1995, ha admitido que se

incluyan en la acumulación que se realiza con base en el artículo 76.1 CP penas que ya habían sido cumplidas y respecto a las que produjo el licenciamiento definitivo, porque el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio. Siempre partiendo de una orientación en beneficio del reo que no puede tornarse en su contra haciéndole perder un derecho en cuanto al inicio del cómputo de cancelación que ya ha adquirido. Y ese análisis individualizado se impone en mayor medida en relación con la agravante de reincidencia. La acumulación aglutina condenas que dimanan de infracciones heterogéneas vinculadas por un elemento de conexión cronológica –que dimanen de hechos que, atendiendo al momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado en un solo proceso–. Sin embargo, de cara a la reincidencia solo serán efectivas las condenas por delitos incluidos en el mismo título del CP y de la misma naturaleza. Diferenciación que abona el tratamiento diferenciado de las condenas eficientes para conformar la agravación. Y en los casos en que no sea posible realizar ese análisis particularizado, necesariamente habremos de acudir como fecha de extinción a la de firmeza de la sentencia.

Esta doctrina resulta de la STS 885/2016, de 24 de noviembre, y de la STS 694/2017, de 24 de octubre. También hemos dicho (STS 620/2023, de 17 de julio, reproduciendo la STS 495/2015, de 29 de junio) que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que sean relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Y en lo que a la agravante de reincidencia se refiere, entre otras las SSTS 857/2016, de 11 de noviembre o 217/2016 de 15 de marzo, han afirmado que las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones, por lo que no puede acudirse al examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo.

(…) En consecuencia, el Pleno de la Sala acuerda la siguiente doctrina legal: en caso de refundición no se puede aplicar como fecha de extinción de las diversas condenas que integran la acumulación jurídica, la fecha correspondiente al máximo de cumplimiento; en consecuencia, los criterios para el cómputo son los siguientes: si consta la

fecha de extinción de la condena dentro del conjunto de la acumulación jurídica, a ella debemos estar; segundo, en caso contrario puede partirse de la fecha de la firmeza de la Sentencia, adicionarle la duración de la pena impuesta (con reducción de la situación de preventivo, si constare) y sumarle el plazo de cancelación del artículo 136 del Código Penal, y en tercer lugar, si nada de ello consta, ha de entenderse que falta un dato sustancial que es la fecha de extinción de la condena como dato para verificar el cómputo de la reincidencia, por lo que no se puede estimar aplicable tal circunstancia agravante.

Por consiguiente, al no constar tales datos, o bien resultarle favorable el aludido cómputo, que arroja la cancelación del antecedente cuestionado, el motivo será estimado en lo referente al delito de robo intentado, del que no puede ser considerado antecedente la Sentencia de 29-03-1995 para ser tenido como reincidente al acusado.

Distinto el caso del delito continuado de hurto, en el que concurren dos agravantes, pues, aunque suprimiéramos la de reincidencia, no tendría practicidad alguna, toda vez que la pena imponible sería la misma. Recordemos que se le han impuesto 15 meses de prisión, sobre la base de una penalidad de 6 meses a 18 meses, que, con la continuidad delictiva, obliga a individualizar la pena en su mitad superior (pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado), esto es, una cuantía correspondiente entre 12 y 18 meses, por lo que, al concurrir, al menos una agravante (art. 66.1.3.ª), debería imponerse en la mitad superior, entre 15 y 18 meses, y al concretarse en 15 meses, ninguna infracción legal se ha cometido.

(STS 265/2024, 18 de marzo)

ARTÍCULO 139 CP

Asesinato. El acusado, tras una discusión con su pareja, y actuando con la intención de acabar con su vida causándole el mayor dolor posible, la roció de gasolina y a continuación le prendió fuego, causándole quemaduras de tercer grado en el 96% del cuerpo que determinaron su fallecimiento. Ensañamiento. Aumento del dolor causado con actos innecesarios a la ejecución del delito. Crueldad innecesaria e intención de causar sufrimientos brutales e intensos. El acusado buscó de propósito causar mucho más sufrimiento a la víctima y no realizó actos posteriores que trataran de mitigar el dolor que sufrió. Cualquier persona conoce los efectos del fuego y el gran dolor que causan las quemaduras superficiales, de manera que elegir como medio de agresión un líquido inflamable y rociar con él a la víctima

no sólo es un medio eficaz para causar la muerte sino para provocar un intenso dolor físico. Abuso de superioridad. Importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor que redujo las escasas posibilidades de defensa de la víctima ante un ataque tan brutal. Ambos estaban solos en la vivienda; la mujer fue rociada de gasolina, lo que pudo reducir notablemente su visión; la mujer no tenía ningún mecanismo de defensa, lo que concuerda con que el agresor no presentara herida alguna derivada de una posible pelea previa

La acción homicida fue ejecutada mediante una sucesión de actos que evidenciaban la voluntad de dar muerte a la mujer causándole un gran dolor, como rociar de gasolina dos veces, de forma sucesiva, antes de prenderle fuego y, de otro, que fue irrelevante a efectos de la apreciación de ensañamiento que el acusado al final del proceso rociara con agua a la víctima.

En relación con esto último señala con acierto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que el hecho de que el autor pudiera conmoverse del sufrimiento de la víctima en el momento terminal no excluye la agravación. La sentencia destaca como un dato relevante que el acusado llamara a los servicios de emergencia antes de apagar el fuego, ya que si su intención fuera la de evitar el sufrimiento debería haber procedido a la inversa. Pero más allá de este dato hay otro más relevante que se deduce de la prueba practicada en el juicio. Los policías y sanitarios que llegaron al lugar vieron un charco de agua debajo de la silla en la que estaba la víctima pero no hay ninguna prueba, y tampoco se alude a ello en el recurso, que acredite que el autor después de prender fuego a la mujer tratara de apagarlo de forma inmediata. Ni en la inspección ocular, ni en el testimonio de los agentes que la hicieron, ni en los policías y sanitarios que acudieron al lugar observaron evidencia alguna de que dentro de la vivienda hubiera restos de agua en el suelo, enseres o paredes, de lo que se deduce que el agua que apareció en el jardín, debajo de la silla en la que se situó finalmente la mujer, fue aplicada en el momento terminal cuando la mujer ya había sufrido los devastadores efectos del fuego. Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, cualquier persona con inteligencia media o baja conoce los efectos del fuego y el gran dolor que causan las quemaduras superficiales, de manera que elegir como medio de agresión un líquido inflamable y rociar con él a la víctima no sólo es un medio eficaz para causar la muerte sino para provocar un intenso dolor físico.

(…) Al margen de lo anterior, conviene precisar que el artículo 139.3.º del Código Penal se refiere al ensañamiento como agravante

específica del asesinato con la expresión «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido». Por su parte, el artículo 22.5.ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». La única diferencia entre ambas definiciones legales es que el artículo 139.3.º CP prescinde del requisito de la innecesariedad del aumento del dolor.

Toda muerte violenta supone dolor y sufrimiento físico y psíquico para la víctima por el que el sentido o justificación de esta agravación reside en que el sujeto activo no sólo busca matar, sino que quiere hacer sufrir a la víctima de modo cruel. Se ha descrito esta forma comisiva como una maldad de lujo.

En esa dirección la doctrina de esta Sala viene exigiendo para la apreciación del enseñamiento como circunstancia que cualifica el asesinato dos elementos: Uno objetivo, constituido por la causación de males que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima, y que son objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico. Pueden proceder de actos de tortura previos a los que directamente causan la muerte, o bien, de una determinada forma de causarla que añade sufrimiento a la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe actuar de modo consciente y deliberado, para lo cual es suficiente que pueda afirmarse que sabía que con esa forma de actuar necesariamente aumentaba el sufrimiento de la víctima. No es preciso, por lo tanto, que exista frialdad de ánimo, ni tampoco que la acción vaya dirigida directa y exclusivamente a la causación de mayor dolor (STS 477/2017, de 26 de junio, por todas).

El motivo obliga a determinar si la muerte causada mediante fuego permite apreciar ensañamiento. A tal fin conviene hacer referencia a los precedentes legislativos entre los que destaca el artículo 406 del derogado Código Penal de 1973, en el que se preveía como circunstancia que cualificaba el asesinato el empleo de determinados medios de peligro común como la inundación, incendio, veneno o explosivo y también otro medio revelador de una especial perversidad del autor, el ensañamiento.

El Código Penal de 1995, vigente en la actualidad, simplificó la tipificación del asesinato, excluyendo los medios a que antes nos hemos referido y limitando su apreciación en caso de alevosía, precio recompensa o promesa y ensañamiento, pero en este último supuesto sin hacer alusión a la exigencia de la innecesariedad del mal, a diferencia de lo que se exige en la circunstancia agravante genérica del artículo 22.5.ª CP.

Aun cuando la doctrina de esta Sala viene exigiendo para apreciar el ensañamiento que el mal causado sea innecesario para alcanzar el resultado típico, este requisito se cumple no sólo cuando se ejecuta la muerte adicionando sufrimientos innecesarios para alcanzar el resultado mortal (torturas previas, amputaciones o puñaladas realizadas antes de la puñalada que ocasiona la muerte, etc.), sino también cuando se utiliza intencionalmente un medio que va a causar a la víctima sufrimientos muy intensos y brutales. Así puede ocurrir en el caso en que se utiliza el incendio para dar muerte a la víctima buscando con ello causar un dolor que excede del que es connatural a otras formas de muerte violenta.

Con ello no se pretende la reintroducción del incendio como un medio comisivo que en todo caso cualifique el homicidio en asesinato. No toda muerte causada mediante fuego conlleva la apreciación de ensañamiento. Sólo en los casos en que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, se utiliza el fuego para aumentar el dolor de la víctima, cabrá apreciar la agravación, tal y como previene en puridad el artículo 139.3 CP que sólo exige que el autor se represente que con su acción aumenta inhumana y deliberadamente el dolor del ofendido.

En este caso el empleo del fuego para causar la muerte se produjo en unas circunstancias singulares que permiten apreciar el ensañamiento. Se roció a la víctima para que ardiera como una antorcha, como gráficamente ha descrito el Ministerio Fiscal en su informe, el prendimiento de fuego se produjo en una dependencia de la casa y la víctima, ardiendo, se trasladó a otra donde siguió ardiendo sin perder el conocimiento durante todo el tiempo en que el fuego producía sus efectos devastadores, causando quemaduras de tercer grado en prácticamente toda la superficie corporal.

Entendemos que el medio empleado y la forma en que se produjo la muerte son decisivos para apreciar la existencia de ensañamiento porque evidencian, no sólo la voluntad homicida, sino una crueldad innecesaria y la decidida intención de causar sufrimientos especialmente brutales e intensos.

(…) Las circunstancias de la agresión determinaron, a juicio del Tribunal del Jurado, una reducción notable de las posibilidades de defensa de la víctima, lo que justifica la apreciación de la agravante.

En efecto, el abuso de superioridad exige una situación de preeminencia, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad

medial), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes (superioridad personal).

Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1157/2006, de 10 de noviembre; 574/2007, de 30 de 3 mayo; 973/2007, de 19 de noviembre; 76/2009, de 4 de febrero; 479/2009, de 30 de abril; 889/2009, de 15 de septiembre y 325/2021, de 22 de abril, entre otras muchas), la circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos:

1.º Que se produzca una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2.º Que esa superioridad ha de ser tal, que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso, la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una «alevosía menor» o de «segundo grado».

3.º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4.º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Se trata de una circunstancia agravante predominantemente objetiva que debe apreciarse cuando se produzca una evidente desproporción entre la situación del autor y la víctima que sea aprovechada por aquél para reducir de forma notable las posibilidades de defensa.

En este caso el tribunal del jurado excluyó la apreciación de alevosía porque la víctima no tuvo totalmente bloqueadas las posibilidades de abandonar el lugar pero, en cambio, apreció que sus posibilidades de defensa se redujeron de forma muy intensa (…).

El acusado y víctima estaban solos en la vivienda; la mujer fue rociada de gasolina lo que pudo reducir notablemente su visión; la

mujer no tenía ningún mecanismo de defensa lo que concuerda con que el agresor no presentara herida alguna derivada de una posible pelea previa y la agresión se produjo en el distribuidor, junto a la cocina y el dormitorio, de pie y enfrente del acusado.

(STS 396/2024, 14 de mayo)

ARTÍCULO 140 CP

Asesinato. Acusada que hizo que la víctima inhalara gas butano para después asfixiarle con un cordón de zapato, no sin antes propinarle golpes que le causaron distintas lesiones para vencer la escasa resistencia física que opuso atendida su cuasi inmovilidad, neutralizando los riesgos que para la autora pudieran derivarse de las posibilidades de defensa, sin que el fallecido hubiera mostrado su decisión de que se le causara la muerte debido a la deficiente situación física que padecía. Víctima especialmente vulnerable por discapacidad: compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento por la especial vulnerabilidad de la víctima y la hipercualificación del artículo 140.1 circ. 1.ª CP de persona especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad

El plan de acción, además de resultar objetivamente idóneo para obtener el resultado buscado, neutralizó, hasta la irrelevancia normativa, los riesgos que para la autora pudieran derivarse de las posibilidades de defensa de la víctima.

Como de forma reiterada se ha pronunciado este Tribunal de casación, «el mayor desvalor de la acción alevosa se funda en la ventaja ejecutiva que proporciona al acusado el medio por él elegido para acabar con la vida de su oponente. De ahí que la agravación no necesite como presupuesto aplicativo la absoluta inmovilización de la víctima, la ausencia de toda capacidad de movimiento físico por parte de quien, en ese momento y en una situación de notoria desigualdad, está siendo objeto de un ataque directamente encaminado a privarle de la vida» –*vid.* SSTS 814/2020, de 5 de mayo; 721/2021, de 24 de septiembre; 34/2022, de 19 de enero; 421/2022, de 28 de abril.

La eliminación de toda posibilidad de defensa, como presupuesto objetivo de apreciación de la alevosía, reclama una valoración normativa de las posibilidades situacionales de las que disponía la víctima para desplegar una defensa mínimamente eficaz. Lo que resulta compatible con intentos defensivos de autoprotección frente al ataque que, al tiempo, carecen de toda idoneidad para poner en peligro la vida o la

integridad física del agresor y evitar la acción homicida –*vid.* STS 218/2022, de 9 de marzo; 980/2022, de 21 de diciembre–.

En el caso que nos ocupa, los hechos probados describen que el Sr. Florentino carecía de movilidad en sus extremidades inferiores, no podía tenerse en pie por sí solo, no coordinaba adecuadamente los movimientos de las extremidades superiores y presentaba debilidad muscular y temblores, utilizando para sus desplazamientos una silla de rueda eléctrica.

Además, sufría parálisis o ataxia de centros nerviosos que dificultaban la articulación de palabras o sonidos. Y es obvio que, atendido dicho estado físico, Florentino carecía de toda posibilidad de defensa mínimamente eficaz frente al plan homicida.

Tanto en su primera fase de ejecución –cuando la recurrente intentó intoxicarle, dentro del vehículo, con gas butano– como, después, –cuando le estranguló con un cordón hasta causarle la muerte–, estuvo presente la alevosía –la ventaja comisiva, abarcada por el dolo, que supone aprovecharse de la imposibilidad de la víctima de defenderse de la injusta agresión.

Cuesta imaginarse lo que debió sentir el Sr. Florentino al apercibirse de que su esposa buscaba acabar con su vida –primero, haciendo que inhalara gas y, después, estrangulándole–, sin poder oponer la más mínima resistencia más allá de algunos gestos de autoprotección. Gestos que propiciaron la reacción violenta de la recurrente, golpeándole en la mandíbula, en la cavidad torácica izquierda, en la región parietooccipital y en la espalda.

(…) En el caso, el juicio normativo del Tribunal Superior, que le lleva a imponer a la hoy recurrente la pena de prisión permanente revisable, se ajusta, en términos incuestionables, a la doctrina estabilizada de esta Sala que descarta la infracción del principio de prohibición de doble valoración establecido en los artículos 4 del Protocolo 7.º al Convenio Europeo de Derechos Humanos, 50 CDFUE y 9 y 24, ambos, CE cuando la aplicación de la cláusula de agravación del artículo 140 1.1.º CP recaiga sobre supuestos de muerte alevosa en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima.

En efecto, como sosteníamos en la STS 36/2023, de 26 de enero, de la que también se hace eco la sentencia recurrida, «este principio comporta que el juez no pueda castigar un solo hecho de forma agravada si el fundamento de la agravación radica en un elemento previo de ese mismo hecho ya valorado. La prohibición, cuyo fundamento también se nutre del principio de culpabilidad por el hecho, supone que no pueda tomarse en cuenta un mismo elemento como circunstancia conformadora del tipo penal y, al tiempo, como causa concurrente

de agravación mediante el juego de las circunstancias genéricas contempladas en el artículo 22 CP. Se impide, a la postre, que un mismo hecho sea valorado como término típico y como circunstancia agravante, porque las exigencias de tipicidad imponen que un elemento que configura el género en su forma abstracta no pueda al mismo tiempo caracterizar a la especie en su forma concreta.

En el ámbito de la determinación de la pena lo que la regla de inherencia o de prohibición de la doble valoración del artículo 67 CP viene a resolver, mediante la fórmula de la consunción, es un concurso aparente de normas entre una circunstancia agravatoria genérica y la figura delictiva que la incorpora expresamente a su estructura típica.

Ahora bien, lo anterior no implica que la circunstancia de agravación tomada en cuenta para la conformación del tipo no pueda también desplegar efectos agravatorios en la determinación de la pena aplicable sin lesionar el principio de prohibición de la doble valoración. Ello será posible cuando su consideración contribuya de forma esencial a la caracterización especial del hecho particular dentro del grupo del delito del que forma parte. De tal modo, si aporta una especificidad –un *cuño de individualización*, se precisa por la doctrina– en la forma en que se ejecutó el hecho o en su gravedad, ese «*aliud*» prestará fundamento material a la cualificación punitiva del delito. De contrario, si dicha circunstancia no aporta nada nuevo en la desvalorización del supuesto concreto, carecerá de toda razón de ser que pueda utilizarse para fundar la plusagravación de la pena.

Pues bien, en el caso, se identifica con toda claridad ese «*aliud*» cualificante. No se castiga más porque se tome en cuenta la alevosía como elemento del tipo y, al tiempo, como determinante de la agravación punitiva del resultado. No estamos ante un supuesto de «doble alevosía». Sin perjuicio de la –mejorable– técnica legislativa con la que se redactó el tipo del artículo 140.1.1.º CP, lo que funda la agravación penológica es que la acción alevosa que determina la calificación del delito como asesinato recae sobre una víctima que reúne determinados indicadores –por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad– que le hacen merecedora de una mayor protección. Lo que comporta, como consecuencia, que esa concreta muerte alevosa incorpore una mayor tasa de antijuridicidad, de mayor desvalor, justificando, a la postre, un reproche más grave.

La circunstancia alevosa de producción en estos supuestos aporta una específica gravedad que determina, por opción del legislador, una respuesta penal más severa frente al resto de muertes alevosas que se engloban en el grupo de conductas abarcadas por el tipo general el artículo 139 CP.

La doctrina de este Tribunal, reforzada por la Sentencia de Pleno Jurisdiccional 585/2022, de 14 de junio, es clara al afirmar la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento por la especial vulnerabilidad de la víctima y la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP. No hay «*bis in idem*» sino, en los términos precisados en la STS 701/2020, de 16 de diciembre, un legítimo «*bis in altera*».

Como se afirma en la STS 367/2019, de 18 de julio, de la que se hace eco la STS de Pleno referida, «la consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia».

De acuerdo con esta idea, el artículo 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el artículo 139.1, esto es, la muerte de una persona con una intensa discapacidad física ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección.

De tal modo, la muerte alevosa de una persona especialmente vulnerable por su discapacidad –que, en el caso, le impedía toda movilidad– siempre será más grave que la muerte alevosa de otra persona no especialmente vulnerable que es asesinado, por ejemplo, mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el artículo 67 del CP. –*vid.* en el mismo sentido, SSTS 367/2021, de 30 de abril; 704/2021, de 19 de septiembre; 719/2021, de 23 de septiembre–.

Opción del legislador por el mayor castigo en atención a necesidades de especial protección a favor de determinadas personas o colectivos sociales que no es ni mucho menos ajena a la estructura del Código –*vid.* los delitos contra la libertad sexual de menores de 16 años y de personas especialmente vulnerables o determinados delitos cometidos contra la mujer cuando el victimario hombre es o ha sido su pareja–.

19. En el caso, atendida la especial vulnerabilidad de la víctima vinculada a su grave e intensa discapacidad, la imposición de la pena de prisión permanente revisable se ajusta a los presupuestos de tipicidad y antijuridicidad precisados en la norma, descartándose toda infracción del principio de doble valoración.

(STS 82/2024, 25 de enero)

ARTÍCULO 140 CP

Asesinato de un menor de edad. Prisión permanente revisable. Alevosía de desvalimiento: tras dar a luz a su hijo vivo tras embarazo a término, tras intentar abortar con medicamentos hasta en dos ocasiones, le arranca el cordón umbilical, lo envuelve en dos bolsas de plástico a las que quita el aire y lo abandona en un contenedor. Indulto Parcial. Sustitución de la prisión permanente por una pena privativa de libertad que supere la que correspondería al concurso de los delitos de aborto intentado y homicidio por imprudencia, pero sin sobrepasar los veinte años de asesinato

(…) que la acusada abordara el consumo de un medicamento con el que en ocasiones anteriores se había interrumpido su embarazo y que lo hiciera con la patente finalidad de poner término a su gestación, ignorando que podía propiciar un adelanto del parto dado el nivel de desarrollo del embarazo, refleja un comportamiento inicialmente ajustado a la antijuridicidad contemplada en el tipo penal del aborto.

Evidentemente la acusada fue finalmente consciente de que la criatura había nacido viva y, con ese conocimiento, abordó el comportamiento homicida por el que ha sido condenada, pero el Tribunal percibe que la desviación intencional acaeció en unas circunstancias límite que condicionaron la evaluación de sus actos y el análisis de la dimensión del bien jurídico que realmente lesionaba, afectando con ello al desvalor de su acción. En concreto, su comportamiento se desarrolló inmediatamente después de pasar por los dolores de un parto, carente ella de toda asistencia y en un contexto en el que su nueva determinación delictiva se simultaneó con la voluntad de ocultar su responsabilidad, así como con la necesidad de atender a su propia supervivencia y reclamar el socorro que se exigía para superar la fuerte hemorragia que sufrió y que obligó a su inmediato traslado al hospital por los servicios de emergencia.

Estas circunstancias, perceptiblemente alejadas de las que normalmente rodean las conductas contempladas en el artículo 140.1.1.ª del Código Penal y que usualmente determinan el grave reproche penal contemplado por el legislador en ese precepto, comporta que el Tribunal sea favorable a que pueda concederse a la acusada un indulto parcial de la pena privativa de libertad impuesta.

Es evidente que la pena a cumplir no puede ser equivalente a la que ofrece el concurso de un delito intentado de aborto y un delito imprudente de homicidio, pues la intencionalidad del comportamiento que se enjuicia y la indefensión del menor se oponen a ello, pero con-

sidera el Tribunal que una pena privativa de libertad que supere la punición del concurso delictivo expuesto y que no sobrepase los veinte años del artículo 139.1 del Código Penal con agravante de parentesco, puede resultar equitativamente adecuada al supuesto enjuiciado.

(STS 846/2024, 9 de octubre)

ARTÍCULO 146 CP

Aborto Imprudente. Estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que condenó por delito de homicidio por imprudencia grave profesional en concurso de ideal con un delito de lesiones por imprudencia grave profesional. Comadrona que no interpretó adecuadamente el registro cardiotográfico que daba signos inequívocos de sufrimiento fetal y que aplicó oxitocina, pese a no estar indicada por el número de contracciones que presentaba la paciente y su no suspensión en ningún momento, no avisando, en consecuencia, al ginecólogo para que valorase la realización de una cesárea urgente, produciéndose la rotura parcial del útero y resultando la muerte del feto. El médico se dio cuenta que el feto ya estaba muerto en el seno de la madre, aunque se certificó la muerte cuando el mismo ya estaba fuera, siendo la causa real de la muerte la hipoxia fetal extrínseca o asfixia fetal

El recurrente entiende que hubo, en todo caso, aborto, y no homicidio imprudente. (…)Hay que hacer constar que el médico se dio cuenta que el feto ya estaba muerto en el seno de la madre. Fue, por ello, aborto imprudente, y no homicidio imprudente.

En el presente caso el *factum* determina que La causa de la muerte del feto, que no presentaba malformaciones externas ni internas y tenía un adecuado desarrollo para la edad gestacional, fue hipoxia fetal extrínseca (no causada por una malformación o un problema fetal intrínseco) o asfixia fetal.

Por ello, la circunstancia de que se certifique la muerte cuando el feto ya está fuera ello no determina que estemos hablando de un homicidio imprudente en lugar de hacerlo de un aborto imprudente. Porque, en realidad, los hechos probados describen que «El feto, una niña, nació en parada cardiorrespiratoria y tras 10 minutos de maniobras de reanimación falleció a las 19:32 horas».

Quiere esto decir que la real causa de la muerte fue por hipoxia fetal extrínseca, y se llevara a cabo lo que se llevara a cabo cuando

estaba fuera el feto el origen estaba en el momento en que era feto con un vínculo causal que se desprende y consta en los hechos probados.

En el presente caso lo que se modifica es el sujeto pasivo del delito, ya que en la condena por aborto es el feto, y, también, la mujer embarazada, mientras que en la condena por homicidio imprudente lo era el ser nacido ya, y lo que los hechos probados refieren con constancia y reiteración, como apunta el recurrente, es del «feto» (…).

Aunque la mayoría doctrinal recuerda que en los delitos contra la vida, sea independiente o dependiente, coinciden el sujeto pasivo (sea feto o ya nacido) (que es el titular del bien jurídico protegido) y el objeto material (el cuerpo sobre el que recae la acción).

Incide, así, la doctrina que el delito de homicidio es el punto de referencia de todos los delitos contra la vida humana independiente mientras que el delito de aborto regulado en los arts. 144 y siguientes constituye el referente de los delitos contra la vida humana dependiente.

Se puede afirmar, también, que hay vida independiente y, por tanto, objeto material del delito de homicidio cuando la expulsión ha llegado a un punto en el que es posible matar directamente a la criatura, sin intervenir sobre el cuerpo de la madre, existiendo aborto hasta ese momento.

De esta manera, se incide en que la decisión de criminalizar el aborto imprudente, resolviendo la vieja polémica doctrinal, conlleva que esta conducta no sólo afecta al bien jurídico vida humana, sino que al mismo tiempo frustra las legítimas expectativas de la mujer embarazada, dando lugar así a un hecho de la suficiente gravedad como para hacerse merecedor de sanción penal.

No se habla en ningún caso en la sentencia de la muerte del nacido, sino de la muerte del feto, porque eso es lo que describen los hechos probados, sin que ninguna indefensión pueda predicarse de la circunstancia de la condena por delito de aborto imprudente en lugar de homicidio imprudente (…).

Hay que tener en cuenta que no se pueden establecer *a priori* criterios diferenciadores para acudir a entender que hay homicidio o aborto y habrá que acudir a las circunstancias de cada caso, – aunque en supuestos similares siempre es aconsejable la acusación por ambos tipos penales al objeto de poder comprobar tras la prueba de qué tipo concreto se trata–, pero la mejor doctrina apunta que resultará decisiva la dirección objetiva *ex ante* de la conducta.

Así, se señala que si *ex ante* la acción es adecuada para destruir la vida del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, deberá aplicarse el régimen jurídico propio del aborto, con independencia de que la muerte tenga lugar, finalmente,

varios días o incluso semanas después. Es necesario, en suma, que el retraso de dicha muerte sea meramente circunstancial o casual, esto es, consecuencia de la gran resistencia física opuesta por el feto, de la relativamente ineficaz acción ejecutada por el autor. No se trata, pues, tanto si la muerte se produce fuera del claustro materno, sino el análisis del origen.

Así, en el caso que ahora estamos analizando resulta evidente que tiene gran importancia y relevancia el origen ex ante a la expulsión del feto como causa directa de la muerte, lo que determina que se trate de aborto y no de homicidio.

Con ello, la mejor doctrina apunta que el elemento decisorio es la previsibilidad objetiva: cuando, desde una perspectiva *ex ante*, la ejecución de la acción prenatal sea adecuada para producir la muerte del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, será aplicable el delito de aborto, con independencia de que el resultado, casual o circunstancialmente, se produzca después del nacimiento. Sin embargo, si la muerte no se manifiesta como una consecuencia residual de una acción prenatal cuyo resultado circunstancialmente se retrasó estaríamos ante un homicidio.

El «*factum*» en este caso nos lleva a la conclusión, como planteaba subsidiariamente el recurrente, a un delito de aborto imprudente y no de homicidio imprudente.

Por otro lado, los matices que diferencian la tipificación en uno y otro caso son determinantes de que se opte por una y otra calificación ante unos mismos hechos, no siendo tan relevante, como vemos, que la muerte se produzca fuera del claustro materno si existe un origen *ex ante* determinante de la muerte fuera.

(…) En cualquier caso, en el aborto imprudente y el homicidio imprudente la clave está en la conducta imprudente, esto es, en la acción carente de la mínima diligencia y prudencia exigible que atrae la imprudencia grave y que en este caso queda probado un efecto «*ad intra*» al afectar directamente al feto como consta en la redacción de hechos probados, más que una afectación «*ad extra*» o extra claustro de la madre, por cuanto aunque fallezca cuando estaba fuera, la certificación de la muerte en ese momento no atrae la tipificación de homicidio imprudente, cuando el origen lo es ex ante, como consta en los hechos probados a los que nos remitimos.

En consecuencia, la conducta es de imprudencia grave y al ser el origen y manifestación de la misma «*ad intra*» se trata de aborto. Si lo fuera en la acción imprudente «*ad extra*» lo sería como homicidio. Además, de que la certificación de la muerte no atrae la condena como homicidio, como ya hemos precisado.

Además, en cuanto al bien jurídico protegido en ambos casos es la vida. Nada más que en el aborto es la vida humana prenatal o dependiente, a diferencia de la vida enteramente formada y postnatal, como apunta la mejor doctrina.

(STS 817/2024, 2 de octubre)

ARTÍCULO 181 CP

Dolo del autor: es suficiente que la acción, en sí misma, sea de significado sexual, sin necesidad de que concurra el denominado «ánimo libidinoso»

(…) Si la discusión está en que para la apreciación de un delito como el que nos ocupa es que quede constancia expresa en los hechos probados de lo que viene definiéndose como «ánimo libidinoso», hay ya una asentada jurisprudencia de esta Sala que no lo considera necesario, si el acto, en sí mismo, encierra una propia significación sexual, porque ni siquiera lo exige el tipo contemplado en el artículo 181 CP, que solo precisa la realización de «actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona».

Así lo venimos manteniendo, por cuanto que su contenido objetivo se concreta en la realización de actos de inequívoco carácter sexual realizado por una persona contra otra que no consiente, o que no tiene capacidad para consentir la agresión, pues con ello queda afectada su intimidad y su indemnidad sexual, entre cuyos actos de alcance sexual hay que incluir, sin duda, como es el caso, una palmada en la nalga de la víctima sin que ésta lo consintiera, que en eso se concreta el elemento objetivo de inequívoco significado sexual para llenar el tipo.

En este sentido, en STS 428/2023, de 1 de junio de 2023, decíamos:

«No desconocemos la existencia de una jurisprudencia ya superada que venía a considerar como falta de las antiguas vejaciones leves determinados hechos de menor entidad, como besos o tocamientos efectuados de forma rápida y fugaz en los senos, genitales o glúteos, pero la cuestión aparece zanjada en la más reciente jurisprudencia, y en la STS 396/2018, de 26 de julio, se abordaba la problemática para diferenciar la vieja falta del derogado artículo 620.2 CP, del delito de abuso sexual del artículo 181 CP, entre cuyas consideraciones se decía que «cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido

con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.»

Con todo, el tipo no exige otro elemento subjetivo especifico más, que, a veces, se ha expresado con la identificación de unos ánimos lascivo, lúbrico o libidinoso, sino que, como delito contra la libertad, requiere, en su tipicidad subjetiva, el dolo, entendido, en su acepción clásica, como conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual o la indemnidad de una persona, sin necesidad de que se concrete en un ánimo lúbrico o libidinoso, que no viene requerido por la tipicidad, de manera que, en cuanto se trata de un acto de contenido sexual realizado de manera consciente y voluntaria, se está hablando de una actuación atentatoria a la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido, a tenor del Título VIII del Libro II CP».

(STS 489/2024, 29 de mayo)

ARTÍCULO 181 CP

Stealthing: relaciones sexuales con consentimiento viciado por un engaño provocado por el sujeto activo que, pese a lo convenido, elude el uso de preservativo. Lesiones por contagio de una enfermedad sexual: dolo eventual

El tratamiento penal del conocido como *Stealthing*, en una primera aproximación, suscita, en efecto, dos formas de abordaje:

a) Determinar si el consentimiento sexual obtenido mediante una argucia o engaño rellena la tipicidad del artículo 181 (o la del actual artículo 178.1).
b) Indagar si en supuestos como el analizado se puede hablar de «consentimiento» respecto del concreto acto sexual realizado, desde la estricta perspectiva de la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido.

El primero de los interrogantes merece una respuesta negativa. En ello viene a concordar la más autorizada doctrina nacional, aunque no falten algunas prestigiosas voces académicas discrepantes.

No son actos típicos, por existir anuencia, aquéllos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual.

Cuando el Código habla en estos preceptos de consentimiento lo hace en su sentido débil, según expresiva terminología manejada por algún estudioso; es decir, le basta la anuencia, la aceptación, aunque esa decisión esté viciada por un conocimiento errado de la realidad provocado o aprovechado por el otro sujeto. Consentir es sencillamente aceptar; no aceptar libre, e informadamente y con conocimiento de todos los factores y circunstancias concernidas. Estos preceptos (arts. 178 y ss. CP), a diferencia de otros, no incluyen una referencia a un consentimiento obtenido por engaño (*vid.*, v.gr., el artículo 177 bis o, singularmente, el artículo 144.2 CP: el legislador prevé expresamente el consentimiento obtenido a través de un engaño; lo que no hace en el actual artículo 178, ni hacía en el precedente 180). Cuando la ley quiere referirse a un consentimiento plenamente informado, libre de error, lo aclara normalmente de forma taxativa: artículo 156 –consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido–. Cuando solo habla de consentimiento, sin más calificativos, piensa ordinariamente en ese sentido débil.

Justamente por eso, el reformado artículo 178 CP estaría incompleto si junto al primer párrafo que enuncia la ausencia de consentimiento, no especificase que quedan asimilados aquéllos supuestos en que media violencia o intimidación (consentimiento arrancado coactivamente), o prevalimiento de superioridad (consentimiento no libre por concurrencia de una presión o ascendiente). Si se entendiese de otra forma, sobraría esa especificación.

En la misma línea, se ve obligado a tipificar expresamente los abusos sexuales sobre menores, aunque carezcan de capacidad legal para consentir y, por tanto, no pueda hablarse de consentimiento libre. Es más, en el seno de tal tipicidad (art. 181 actual) diferencia implícitamente entre algunos casos en que media consentimiento (entendido como simple aceptación o anuencia) y otros en que no lo hay. Aunque, ciertamente, la autonomía de las tipicidades del artículo 181 CP obedece también a razones de diferenciación punitiva. Aún con esa aclaración, una y otra consideración confluyen erigiéndose en señal inequívoca de que esa expresión –consentimiento se está usando como equivalente a aceptación; no como consentimiento totalmente libre (*vid.* art. 183 bis que, por el contrario, sí adjetiva), y no aquejado por algún vicio del conocimiento.

Las relaciones sexuales en que el consentimiento se ha obtenido mediante un engaño solo estaban tipificadas como abuso sexual en el

artículo 182 CP (abuso fraudulento de menores) cuando la edad de la víctima se movía entre 16 y 18 años. Tal tipicidad ha sido suprimida por la reforma de 2022, lo que significa necesariamente que se ha despenalizado esa conducta.

No podía considerarse, absurdamente, que estábamos ante un tipo privilegiado de conductas incardinables en los preceptos generales (ausencia de consentimiento), pero con un desvalor inferior por mediar engaño y ¡tratarse de menores!

La decisión legislativa (suprimir el artículo 182) no puede implicar desplazar a los tipos genéricos todas las relaciones sexuales en que se ha logrado la anuencia mediante algún artificio o engaño, por muy determinante que sea éste; es decir, aunque exista constancia clara de que no se hubiese accedido a ese trato sexual de conocer la realidad que se ocultó o desfiguró intencionadamente.

El engaño sobre el propio estado civil (dice ser soltero/a), sobre las condiciones personales (simula ser un famoso), sobre los sentimientos (hace protestas de amor y fidelidad cuando simultanea varias relaciones clandestinas), la condición personal estable (alega ser infértil; oculta que es un transexual) o coyuntural (asegura que ha tomado anticonceptivos), la situación financiera (se jacta de ser millonario/a), o la promesa de recompensa o precio (promete falsamente que pagará una cantidad si mantiene relaciones sexuales)... no son supuestos típicos, aunque se alcance la certeza de que el engañado no hubiese accedido a la relación de conocer el ardid o la simulación. Y es que hay conductas que pueden ser inmorales, desleales, reprobables e, incluso, despreciables, pero que no necesariamente son delictivas. Por esta vía, podríamos llegar al absurdo de un acto sexual en que ambos son a la vez agresores (ha engañado) y víctima (ha sido engañado).

Puede imaginarse toda una gama o abanico de supuestos –la vida, siempre variopinta, enriquecería mucho más el cuadro–. Se pueden distinguir grados de reprobación social (no es lo mismo negarse a relaciones sexuales por tratarse de persona casada; que rechazarlas por tratarse de persona de otra raza). Ninguna de esas simulaciones, por poco compartibles que sean las razones del que maquina; o por más o menos comprensibles que resulten las motivaciones que llevaban al engañado a rechazar la relación; es merecedora para el legislador español del siglo XXI de reproche penal. Da igual que la motivación de la víctima sea socialmente aceptable (no consiente relaciones con una persona casada establemente), o no lo sea (no consiente relaciones con persona de otra etnia que considera inferior).

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 10/2022 y esta constatación robustece esta tesis se rechazaron algunas enmien-

das que invitaban a reconsiderar la no previsión del engaño como uno de los supuestos que legalmente habían de ser asimilados a la ausencia de consentimiento.

En conclusión, un consentimiento obtenido mediante engaño no abre las puertas a una condena por los delitos de los artículos 178 y ss. actuales; como no las abría antes a las tipicidades equivalentes, con la única salvedad de los casos de sujeto pasivo con edad comprendida entre 16 y 18 años. Solo se otorga relevancia penal al consentimiento viciado si se obtuvo con intimidación, o prevalimiento o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad (art. 178).

Quinto. Se ha replicado a esta concepción, con argumento deslumbrante y en apariencia convincente, que eso significaría admitir que nuestro ordenamiento otorga más importancia al patrimonio que a la libertad sexual. Tutela aquél frente a conductas engañosas (la estafa), dejando desprotegida ésta cuando se usa la misma herramienta –un ardid o *mise en scène*– para burlar la autonomía de la voluntad. Solo son decisiones libres las que se adoptan con conocimiento de todas las circunstancias esenciales o, al menos, aquellas consideradas como *conditio sine qua non* para quien consiente. No es libre y, por tanto, debía originar una respuesta penal, la aceptación determinada por una información falsa, máxime cuando esta proviene de quien va a interferir en esa esfera de autonomía.

En un plano –el del conocimiento errado que vicia las decisiones es cierta la asimetría en la tutela de esos bienes jurídicos. No solo cierta; también lógica y razonable. El patrimonio en ese nivel está más protegido que la libertad sexual. No debe llamar la atención. Hay razones para ello. No es preciso ahora abordarlas a fondo. Un ejemplo ayuda a entender que esa conclusión dista mucho de ser disparatada. Quien presentándose como persona adinerada y fingiéndolo de forma creíble, logra seducir a quien conoce en un ambiente de ocio y descanso y consigue, mediante esas añagazas, no solo mantener relaciones sexuales prometiendo falsamente que le impulsa el deseo de iniciar una relación; sino además su finalidad real prioritaria –obtener dinero con excusas fingida (lo necesita con urgencia y carece de liquidez) y, alcanzado su objetivo, desaparece sin más, cometerá un delito de estafa. No tenía intención alguna de devolver el dinero. Pero no cometerá un delito de agresión sexual, aunque la relación carnal se haya consentido en virtud de sus simuladas condiciones personales –solvente y soltero y su impostado afán de continuidad en la relación; ello, aunque el agente tuviese plena conciencia de que la víctima jamás habría accedido a esos contactos sexuales si supiese de su estado civil y, menos aún, si tuviese la más mínima sospecha de que

para el seductor era algo premeditadamente esporádico y basado en un exclusivo interés crematístico (ATS 11 de enero de 2024: rec. casación 2994/2023 solo se condena por estafa al que fingió, para entablar la relación afectiva, ser empresario y jugador de futbol).

Por el contrario, en otros planos –el componente volitivo de la autonomía personal–, se tutela más la libertad sexual que el patrimonio. Arrancar desde una relación de asimetría el consentimiento para una relación sexual es acción típica. No lo es, en cambio, conseguir un desplazamiento patrimonial a través de presiones que, no llegando a la intimidación, están sustentadas por el prevalimiento de una superioridad funcionarial o laboral, o aprovechando la vulnerabilidad o asimetría (empujar a una contribución, un tanto forzada, para un regalo en el ámbito laboral).

La forma de abordar un caso como el que analizamos no es la de negar relevancia al consentimiento por estar viciado por un engaño. Si lo entendiésemos así se desbocaría el principio de intervención mínima invadiendo el derecho penal ámbitos que no reclaman la activación de la más poderosa herramienta de represión que maneja el Estado. Si convertimos un consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos. No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites. No encontraríamos razones para negar la tipicidad de un acceso carnal logrado con la falsa promesa de amor incondicional que solo enmascara el afán de placer sexual. El intento de discriminar entre unas motivaciones protegibles y otras no tutelables, llevaría a una justicia penal que se inmiscuye de forma ilegítima en la autodeterminación sexual del ciudadano.

Sexto. Taponada esta vía, queda, abierto un camino alternativo. Viene definido por un interrogante: en casos como el señalado ¿se puede hablar realmente de consentimiento respecto de ese concreto acto?

Por esta senda, de forma rigurosa y bien estudiada, es por la que se adentran las sentencias de instancia y apelación. Es opción que cuenta con adeptos a nivel doctrinal, aunque la opinión tampoco es unánime. Otras legislaciones han incorporado una tipificación expresa precisamente por entender que no basta con los tipos tradicionales que no abarcarían este supuesto, o lo han reconducido a la ilicitud civil, o contemplan expresamente el abuso sexual fraudulento (Inglaterra,

Canadá, Israel –en donde se ha producido alguna condena por la relación sexual entablada por quien ocultó su condición de árabe–...).

En efecto, hay casos en que el engaño, no solo desencadena un consentimiento viciado (inidóneo para colmar la tipicidad); sino que se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta. No es consentimiento existente pero inválido por error; sino ausencia de consentimiento. El médico que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los actos propios de una exploración sanitaria; o unos masajes terapéuticos o prescritos médicamente, no se limita a obtener un consentimiento mediante su engaño (el consentimiento se prestó pensando en el plano puramente sanitario), sino que realiza acciones –con contenido sexual no cubiertas por ese consentimiento (*vid.* STS 647/2023, de 27 de julio). No estamos ante un engaño motivacional, terminología que tomamos prestada de algún acercamiento académico, es decir, aquel que influye sobre las motivaciones o circunstancias que presumiblemente hubiesen excluido la anuencia; sino sobre el qué, sobre la misma acción (*fraud in the inducement* frente a *fraud in the factum*). Son conductas encajables en el anterior artículo 181 y en el actual artículo 178. No hay consentimiento para actos de contenido sexual, aunque se presenten disfrazados de palpaciones terapéuticas o de diagnóstico.

Una penetración anal cuando solo se consintió la vaginal; o introducir en la cavidad genital un objeto, cuando solo se consintió el acceso digital, constituyen actos sexuales inconsentidos. Por eso encajan en los artículos. 178 y 179; y no porque el consentimiento estuviese viciado por el engaño previo. Cuando la acción sexual desplegada desborda o se aparta de lo consentido hay agresión sexual. No fue lo consentido. También cuando se suplanta la identidad –algún supuesto de ese tenor ofrecen los repertorios se produce una actuación no consentida. No es que haya un consentimiento arrancado por engaño; es que no hay consentimiento para actos sexuales o para esos actuales sexuales, o para la interacción con esa persona que se hace pasar por otra.

Es más, bien vistas las cosas, aquí radica el núcleo de la cuestión –si hay consentimiento o no–. La concurrencia de un previo engaño no añade nada penalmente. La respuesta penal será la misma si en lugar de una argucia preexistente, nos enfrentamos a una idea surgida de improviso, sin maquinación previa: retirada no planificada del preservativo, sino determinada por un impulso sobrevenido; o, para acudir a otra situación parificable, el médico que carecía de dolo antecedente, y, mientras examina a la paciente, cede a su pulsión sexual y comienza tocamientos lascivos que sin ajustarse a la

lex artis o las exigencias del tratamiento, tienden en exclusiva a satisfacer su libido.

En esos supuestos no se identifica un engaño previo y es que lo decisivo no es eso. Las elucubraciones sobre la validez de un consentimiento viciado por el engaño resultan superfluas a los fines de abordar la relevancia penal de estos casos. Lo determinante es comprobar si el consentimiento –viciado o no por una simulación o maquinación antecedente: eso es lo menos abarcaba esos actos neutralizando su relevancia típica. La cuestión no estriba en la eficacia o naturaleza del engaño, sino en el alcance del consentimiento prestado. La pregunta a formular no es ¿el consentimiento estaba viciado por un error esencial provocado?. Son otras: ¿el acto sexual concreto estaba consentido? ¿Se apartó esencialmente de lo que se había aceptado?

Indagar sobre los vicios del consentimiento al modo de una relación contractual civil es camino infecundo a estos efectos. Lo que hay que explorar es el contenido del consentimiento prestado. Si éste es desbordado de forma esencial; no accidental, o accesoria, habrá delito contra la libertad sexual, se haya producido engaño o no.

Séptimo. Ahora bien, es obvio que no basta cualquier divergencia en el cómo (no se respetó la exigencia de esperar al orgasmo simultáneo, se cambió la postura acordada...), o en circunstancias no esenciales (se consumó el acto en un tiempo breve en contra de la reclamación de la pareja, frustrando deliberadamente las expectativas convenidas...). Es necesario que haya un qué distinto; un *aliud*. No solo un cómo diferente del acordado. No es fácil fijar los linderos entre unos casos y otros. Hay supuestos claros; otros, fronterizos.

Hay que advertir que a estos efectos debemos manejar en exclusiva la dimensión estrictamente sexual o corporal, física, del acto y no otros aspectos igualmente importantes (móvil de puro disfrute o manifestación de amor comprometido; potencialidad reproductiva; riesgo sanitario) pero irrelevantes a estos fines. Entre esos factores no determinantes están la apertura o no a la reproducción, o los riesgos sanitarios. Esas perspectivas no están involucradas en estos tipos. No hay agresión sexual –sí, en su caso, lesiones dolosas en quien oculta la enfermedad venérea que le aqueja; o en quien hace protestas falsas de ser fértil para lograr el acceso con quien busca, por encima de todo, su maternidad.

Pues bien, llegados a este punto se trata de dilucidar si desde esta óptica (la dimensión pura y estrictamente sexual del acto que es lo que se protege en los artículos 178 y ss. CP) puede afirmarse que la penetración sin preservativo es algo esencialmente diverso de aquella otra en que se usa esa barrera. Obviamente son acciones diferentes con una

eventual trascendencia lejos de ser irrelevante. Si el punto de divergencia es el mismo que nos permite distinguir un acceso vaginal con quien es infértil, temporal o definitivamente, y quien no lo es; no podremos otorgar relevancia penal a la conducta. Desde un prisma puramente sexual no son acciones sustancialmente distintas. Si se consintió mantener relaciones sexuales con la provocada y errónea convicción de que era infértil –coyuntural o definitivamente no puede decirse que no se consintió, a los efectos del artículo 178, el acto sexual (hubo consentimiento, aunque débil).

Es imprescindible explorar si se identifica una diversidad que interfiere en la libertad sexual, que es lo tutelado, el bien jurídico en juego. No se protegía en el anterior artículo 181 la libertad reproductiva (amparada en nuestro ordenamiento en el artículo 161 CP: otra cosa es que pudieran reputarse necesarias otras normas). Tampoco la integridad física (riesgo de contagios). Si se produce la afectación de ese otro bien, el desvalor quedará cubierto por el delito de lesiones. Se protege la autodeterminación sexual pero desvinculada de la libertad reproductiva, es decir, sin ponderar las consecuencias del acto sexual sino solo en su componente puramente sexual. Por eso no resulta incoherente que otras conductas similares y equiparables (la mujer asegura mendazmente haber tomado anticonceptivos tal y como exigía el varón para llegar a la penetración vaginal; el varón o la mujer engañan a la pareja sexual insistiendo en que son infértiles u ocultando una infección contagiosa) no merezcan reproche penal.

Si se llega a la conclusión de que las relaciones con o sin preservativo constituyen a estos efectos un *aliud* en el nivel rigurosamente físico sexual habrá que convenir que también el llamado *stealthing* invertido como destaca algún autor, sería constitutivo de delito contra la libertad sexual. Y es que el bien jurídico protegido es la libertad y autonomía sexual que cada uno rige tomando sus decisiones en atención a su personal concepción de la sexualidad que el ordenamiento debe respetar.

Tan protegible será la autonomía de quien no quiere separar su sexualidad de la posibilidad de concepción como la visión contraria. No puede el ordenamiento tutelar una visión y considerar no digna de protección otra asumida por un grupo social o por una persona en concreto. Quien consiente el acceso con el miembro viril, no tiene por qué verse obligado/a a tolerar el acceso digital, aunque su trascendencia sea menor.

Octavo. Ciertamente el contacto corporal es diferente en ambos casos (sin o con preservativo). Eso no bastaría para definir o perfilar el componente estrictamente sexual del acto. Su diferencia enlaza, de

una parte, con cuestiones ajenas a lo que es estrictamente la libertad sexual (el deseo de no correr riesgos sanitarios; o la evitación de un embarazo o, también, a la inversa la búsqueda de un deseado estado de gestación, o convicciones antropológicas sobre el significado de la sexualidad, u otras posibles razones determinantes del consentimiento otorgado). No tutelan eso –insistimos– los delitos contra la libertad sexual. Si introducimos otras dimensiones –potencialidad para generar otro ser, riesgo sanitario que no pondera el legislador al tipificar estos delitos, advertimos su clara diferencia. Pero debemos prescindir de esos otros factores, ligados con lo sexual pero ajenos a las tipicidades examinadas. Una penetración sin preservativo es sustancialmente igual a la penetración por una persona estéril que además no puede transmitir enfermedad alguna pues cuenta con las analíticas limpias pertinentes, en esos otros planos ajenos a lo corporal.

Pero también hay diferencia en el terreno de la naturaleza sexual.

¿Desde el punto de vista estrictamente corporal, de la autodeterminación sexual, una penetración con preservativo es algo sustancialmente diferente a la misma acción sin preservativo?; ¿podemos decir que si omite el uso de preservativo está realizando un acto esencialmente diverso no consentido?

La respuesta es afirmativa; no por las concomitancias reproductivas o de salud. Por llegar a un ejemplo absurdo, sería disparatado pensar que el uso de guantes de látex sin conocimiento de la pareja determina la ausencia de consentimiento.

Eso no supone una mutación esencial del contenido sexual del acto, aunque el contacto corporal no coincida y aunque (pensemos en una alergia a ese material) la acción pueda afectar a la salud física. Las consecuencias para la salud deberán ser sancionadas a través de los delitos de lesiones.

Una penetración anal o bucal cuando solo se consintió la vaginal, atentan a la libertad sexual. No estaban cubiertas por el consentimiento. Se detecta nítidamente en esos casos una diferencia sustancial que no se apreciará en otros extremos menores o accesorios que podrían imaginarse (v.gr.: la introducción de un objeto distinto del pactado exigiría un discernimiento no siempre fácil: en ocasiones podrá asegurarse que no es un *aliud*; en otras, quizás, no será descartable la tipicidad). Serán, posiblemente, conductas reprochables, pero no delitos sexuales.

Solo podemos hablar de un acto sexual esencialmente distinto cuando se afecta al qué y no solo al cómo. Lo relevante no son las consecuencias posibles, sino el acto en sí.

Pues bien, identificamos, en esa dimensión estrictamente sexual a que hemos de atender, un *aliud* que constituye una diferencia esencial, ajena al consentimiento, en una penetración con preservativo cuando se exigió que se usase de ese medio y se eludió esa barrera; o cuando se impuso como condición excluirla y furtivamente se incumplió el compromiso.

La conducta merece reproche como consecuencia de las lesiones causadas. Sin duda. Pero no agota ahí su desvalor. Se ha producido un contacto sexual que desborda, también en su proyección puramente corporal, lo que se aceptó. Hay un contacto corporal distinto (por exceso o, en su caso, por defecto) del consentido. Muta la dimensión sexual del acto y no solo su potencialidad generadora o el eventual riesgo sanitario, ajenos a estas tipicidades. Sucede igual cuando se consintió el acceso con el órgano genital masculino, y, sin autorización, se introducen los dedos.

Noveno. Afirmada así la tipicidad de la conducta, tropezamos con otro importante interrogante a la hora de acoplar el hecho en el tipo penal ajustado a la antijuridicidad de la conducta. Se antoja una visión extremadamente superficial que no penetra (ahora, en sentido figurado) en la realidad última de la conducta, concluir que, como ha existido acceso carnal, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 181.4 CP. Es este el tipo aplicado por la Audiencia. Su penalidad se mueve entre cuatro y diez años de prisión (no menos de siete, si existiese una relación conyugal o análoga: arts. 23 y 66 CP o si el hecho se ha repetido). Según la legalidad vigente, quedaría incardinada la conducta en el artículo 179.1 dando lugar a una penalidad comprendida entre cuatro y doce años de prisión, o ¡siete a quince años! si la conducta se lleva a cabo entre cónyuges o excónyuges o personas que tienen o han tenido una relación afectiva análoga (art. 180.1.4.ª CP) y no menos de ocho años si se ha repetido el hecho al menos una vez. Si confluyen ambos datos (pareja y reiteración), la pena mínima sería de ¡once años y seis meses!, superior a la del homicidio consumado (diez a quince años).

Y es que, cuando el legislador fija esas altas penalidades, está pensando en una penetración, por cualquiera de las vías establecidas, no consentida, no aceptada, rechazada. No se quiere la penetración.

En un caso como el examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril. Intuitivamente se capta que el nivel de antijuridicidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equipa-

ración con el acceso no consentido. La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento (como puede suceder en casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer –o viceversa u otras hipótesis imaginables). El acceso no desborda el consentimiento otorgado. La ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal.

Por eso, como sugiere el Fiscal en su dictamen de forma atinada y razonada, y como han llegado a concluir tribunales de otros países de nuestro entorno, resulta más ponderado reconducir los hechos a los abusos (actualmente, agresión) sin penetración; no porque ésta no se produzca, sino porque ésta estaba aceptada.

Eso nos hace optar por las penas señaladas en el artículo 181.1 CP. En la actualidad los hechos encajarían en el artículo 178.1 CP, con posibilidad en algún supuesto de acudir a la cláusula atenuatoria artículo 178.4. No es legislación más favorable que la vigente en el momento en que se cometieron los hechos por lo que hemos de descartar su aplicación a este supuesto.

Coincidimos, así pues, con el Ministerio Público en la vía intermedia que apunta. Estaríamos ante un tipo de abuso sexual sin penetración en tanto ésta había sido consentida, aunque de otra manera. Ese cambio solo en la forma, en un aspecto no cubierto por el consentimiento, no podría equipararse a la falta de consentimiento para la penetración. Es tesis bien fundada y asumida por un sector doctrinal y otros ordenamientos occidentales. La respuesta punitiva se revela como más proporcionada y se equipara a la manejada en entornos jurídicos próximos en el derecho comparado. La sobrepunición puede arrastrar un perverso efecto de infraaplicación.

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres./Excmas. Sras.: D. Andrés Palomo del Arco, D.ª Ana María Ferrer García, D.ª Susana Polo García y D. Javier Hernández García

Con todo el respeto hacia los compañeros de Sala que han suscrito el parecer mayoritario de la Sala II de este tribunal, expresamos a través de este voto particular, nuestra disensión con una parte del fallo de la sentencia, concretamente la subsunción de los hechos en el delito de abuso sexual, (art. 181 CP, vigente al tiempo de los hechos), sin aplicación del apartado 4 del mencionado artículo, que recoge la agravación por penetración, disensión que también extendemos a un apar-

tado de la argumentación de la sentencia mayoritaria al afirmar la irrelevancia del engaño para rellenar la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual. Concretamente, la expresión, posteriormente desarrollada en el fundamento tercero, en la que se afirma «no son actos típicos, por existir anuencia, aquellos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual». A nuestro juicio, los hechos debieron ser subsumidos en el delito de abuso sexual, agresión sexual, con penetración. Además, entendemos que el engaño, si es relevante, puede rellenar la tipicidad en el delito de agresión sexual.

Unas precisiones previas. En este voto, como también en la sentencia de la mayoría, identificamos el tipo penal aplicable a los hechos como delito de abuso sexual, en la terminología anterior a la reforma operada por la ley 6/2022, hoy agresión sexual. No obstante ese cambio de *nomen*, el contenido argumentativo desarrollado en la sentencia y en este voto, es de aplicación a la nueva redacción de la agresión sexual. Por ello, nos referimos a los hechos como constitutivos de una agresión sexual comprensiva del anterior abuso sexual desaparecido de la tipicidad. Una segunda precisión, la mencionada reforma de los delitos contra la libertad sexual, LO 10/2022, aunque ha puesto el acento de la reforma en el consentimiento, que es definido en los siguientes términos «existirá 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», su concepción ya constituía el eje central de los delitos contra la libertad sexual, por lo que su concurrencia en uno u otro grupo normativo no se ve afectada por la reforma. Los anteriores delitos de agresión y de abuso sexual, hoy bajo la misma expresión de agresión sexual, consistían obviamente, en la ausencia de consentimiento, pues el sexo consentido entre adultos no es delito. Con la reforma se ha pretendido reforzar la exigencia de consentimiento y su ausencia será determinante de la tipicidad en la agresión sexual, con una pena distinta en función de si existe, o no, penetración y también podrá agravarse en función de la concurrencia de violencia u otras situaciones descritas en la tipicidad. Por último, la jurisprudencia debe estar caracterizada por la prudencia en la interpretación de la norma. En casos como el presente en que nos pronunciamos por primera vez, sobre estas conductas, es necesario ir fijando la interpretación del precepto de forma prudente, señalando principios básicos de los que partir y, poco a poco, conforme se planteen supuestos concretos, desarrollar los principios precedentemente señalados y así analizar en la inteligencia de los tipos penales.

II. El motivo de nuestra disensión se centra en la subsunción de unos hechos consistentes, en síntesis, en que, en una relación consentida, a la que la perjudicada en el delito solo aceptó mantener relaciones sexuales con uso de preservativo y a cuyo efecto la propia víctima lo proporcionó, el acusado simula su colocación sin llegar a ponérselo, e inicia la penetración por vía vaginal que la perjudicada en el hecho aceptó en la convicción de que lo tenía puesto. Al sospechar la perjudicada que no lo llevaba le conminó a que parara y que se «quitara de encima». Supuesto fáctico que ha sido definido en la doctrina como de *stealthing* y en el que lo relevante es el engaño producido para mantener una relación sexual consentida bajo la condición de la llevanza del preservativo.

(…) III. Relevancia del engaño para la subsunción en el delito de agresión sexual.

La sentencia de la mayoría califica de débil la exigencia del consentimiento en los delitos de agresión sexual, disponiendo, por vía argumentativa, una catalogación del consentimiento de menor entidad que el exigido para otros tipos penales que refieren el consentimiento como presupuesto de la tipicidad. Concluye su análisis afirmando que «el consentimiento obtenido mediante engaño no abre las puertas a una condena por los delitos de los arts. 178 y ss. actuales». En la argumentación expone, por vía de ejemplos, distintas situaciones llamadas a ridiculizar la valoración del engaño en las relaciones sexuales, como acceder a una relación creyendo que era una persona adinerada, o persona famosa, o una soltera o no comprometida, o realizando promesas de amor o fidelidad, o afirmando su infertilidad, etc., situaciones que, entendemos, pueden ser fácilmente apartadas de la tipicidad desde la ausencia de relevancia del engaño, pues la relación se ha consentido con una persona, no con su apariencia. El consentimiento debe recaer, como se precisa en el artículo 178.2 CP vigente, sobre los actos de contenido sexual, no sobre los motivos o las motivaciones del mismo.

No obstante, la sentencia de la mayoría presenta, a nuestro juicio, una clara contradicción interna, pues tras negar la virtualidad del engaño para rellenar la tipicidad de la agresión sexual, entiende que hay supuestos en los que el engaño es relevante, aquellos en los que la doctrina penalista conviene en reconocer relevancia del engaño como presupuesto típico de una falta de consentimiento. En primer lugar, la naturaleza sexual de la actividad consentida, en referencia a los casos en los que el sujeto pasivo es ignorante, por la acción del sujeto activo, de la naturaleza de acto sexual que se realiza sobre la víctima, de manera que ha consentido un acto ignorando su naturaleza sexual (caso del sanitario); los supuestos en los que el sujeto activo simula

ser otra persona con la que el sujeto pasivo consiente en el acto sexual. Si el principio de autonomía sexual implica el derecho a decidir el cómo, cuándo y con quién se consiente mantener una relación sexual, el error en la persona derivado del engaño, tiene toda la relevancia en la tipicidad afirmando la ausencia de consentimiento (caso de novación de intervinientes, suplantaciones); un tercer supuesto, referido al grado de injerencia corporal, que es relevante cuando el sujeto pasivo ha consentido una determinada injerencia, y no otra, que es realizada sin consentimiento, pues el consentimiento sobre la forma de la relación es relevante, al consentir una determinada relación y no otra.

Consecuentemente, niega que el engaño pueda rellenar la tipicidad de la agresión, en lo que consideramos una trasgresión de la exigencia de un consentimiento libre que predica la definición del consentimiento, y lo hace desde el temor que le genera que abierta la posibilidad del engaño como presupuesto de una agresión sexual se produzca una aplicación desmesurada del tipo, una expansión inaceptable del derecho penal (…) por lo que al no encontrar fórmulas satisfactorias para reducir esa sobreactuación del derecho penal, a salvo del principio de intervención mínima, aboga por negar que el engaño pueda cumplir con las exigencias típicas del delito de agresión sexual, aunque señala que existen esos tres supuestos, los anteriormente referidos, en los que, afirma, «no hay consentimiento viciado, sino ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta».

No compartimos esa argumentación. Expusimos en la deliberación, y reiteramos en este voto, que la definición del consentimiento contenida en el actual artículo 178 CP, también aplicable a la redacción anterior, parte de la necesidad de que el consentimiento sea manifestado libremente, por lo tanto, el engaño, cuando el sujeto pasivo no manifiesta libremente su voluntad accediendo a la relación, puede rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual. Los ejemplos que sitúan el engaño en situaciones hilarantes tienen solución, negando la subsunción en la agresión sexual, desde consideraciones sobre la relevancia penal del engaño, bien porque se vierte sobre apariencias, no realidades, bien porque la relevancia del error ha de ser examinada desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que no es otro que la libertad de mantener una relación sexual en la forma, con quien quiera y cuando quiera, es decir, el principio de autonomía sexual. Además de esa manifestación de la libertad, la relevancia penal del engaño exige un *plus*, porque el derecho penal no debe extender su represión a todas las relaciones en las que la voluntad de una persona pueda ser viciada por un engaño, haciendo depender la tipicidad del subjetivismo con que el sujeto pasivo perciba el mismo, sino que ha de obje-

tivarse distinguiendo aquel engaño referido a la motivación del consentimiento, de aquel otro que versa sobre el hecho de la relación –el acto de contenido sexual, como precisa la norma–. En otros términos, es preciso distinguir el engaño motivacional, los motivos que llevaron a una persona a consentir una relación sexual, respecto de los cuales el engaño no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad, de aquel engaño que se cierne sobre el hecho de la propia relación consentida–, y del que forman parte la novación del sujeto, el que recae sobre el propio contenido de la relación y el referido a la forma, el grado de injerencia, de la relación consentida, situaciones que han sido descritas en la doctrina–, el quién, el cómo y la forma de la relación consentida–, y a las que la propia sentencia de la mayoría se refiere como supuestos en que admite, por lo tanto admitimos, la potencialidad del engaño para rellenar la tipicidad de la agresión sexual. Este es el principio básico de la interpretación que proponemos, el engaño puede rellenar la tipicidad de la agresión sexual, si bien habrá de examinarse, como hacemos respecto a otros tipos penales, su relevancia en cada supuesto. En definitiva, el consentimiento tiene que ser voluntario y darse libremente sin mediar coacción, engaño o fraude. Debe ser libre, tiene que exteriorizarse de alguna manera, ser reconocido por el o los otros y haber sido otorgado con anterioridad o concomitante al hecho. Además el consentimiento es revocable (…).

Nuestra disensión es, en este apartado de la sentencia, exclusivamente argumental. No hay desacuerdo en que existen supuestos en los que el engaño tiene relevancia penal, los anteriormente referidos, pero mientras que en la sentencia de la mayoría se niega la relevancia penal del engaño para rellenar la tipicidad en el delito de agresión, por un temor a una desmesura en la aplicación del tipo penal, admitiendo los tres supuestos referidos, en nuestra disensión afirmamos que el engaño puede rellenar la tipicidad y la restricción vendrá dada por el examen, en cada caso, de su relevancia, su causalidad con la relación y la afectación del bien jurídico, en los términos señalados.

En definitiva, para la sentencia de la mayoría se parte, como postulado básico, de la irrelevancia del engaño en la conformación de la exigencia típica de la ausencia de consentimiento, para luego admitir que esa afirmación, categórica, tiene excepciones: las anteriormente referidas. En nuestra opinión, por el contrario, la argumentación parte de una afirmación básica, el engaño, si es relevante, puede viciar y anular el consentimiento, y su relevancia resulta clara y patente en los tres supuestos anteriormente referidos, la naturaleza sexual de la acción consentida, los casos de suplantaciones y los referidos al grado

y forma de la injerencia consentida que se ve alterada por la acción del sujeto activo que truca lo autorizado.

Partimos de la relevancia del engaño para rellenar la exigencia típica de la ausencia del consentimiento y restringimos la desmesura de los ejemplos que se exponen a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico.

También estamos de acuerdo en que el engaño del sujeto respecto de la utilización del preservativo, simulando su llevanza conforme a lo acordado, para quitárselo, o no llegar a ponérselo, afecta a la forma de la injerencia, al grado de injerencia en la relación consentida, por lo que tiene la relevancia precisa para afirmar la tipicidad en el delito de agresión sexual. También convenimos en que el examen de la tipicidad ha de realizarse desde una dimensión pura y estrictamente sexual, sin atender a otros criterios que pueden surgir de la potencialidad lesiva a la integridad física o de potencialidad de embarazos, pues su concurrencia podría dar lugar a otras tipicidades concurrentes, en su caso, bajo las normas reguladoras de los concursos.

En nuestra opinión, la realización de un acto sexual, con penetración, es de distinta naturaleza si se realiza con preservativo o sin él. Supone un *aliud* que radica en la distinta afectación del contacto corporal, derivado de la conjunción física de dos miembros sexuales sin barreras, con los intercambios de mucosas propias de ese contacto directo, que trasciende de lo puramente físico a lo mental, al proyectarse sobre una distinta intimidad entre los sujetos que intervienen, precisamente, por el compromiso y proyección del acto mutuamente consentido. El acuerdo existente entre una pareja de mantener una relación sexual con penetración, con barreras o sin ellas, supone una distinta concepción del espacio de sexualidad compartido, entre otras razones, por la asunción de las proyecciones que pueden conllevar y el espacio de intimidad derivado de la situación anímica inherente.

Desde los fines de protección de la norma, resulta, en nuestra opinión, difícilmente mantenible, como sostiene la sentencia mayoritaria, que pueda existir consentimiento válido para el acto sexual penetrativo y, al tiempo, falta de consentimiento para el contacto físico entre las membranas que implique intercambio de fluidos corporales. Esta disociación solo sería posible si se parte de que la utilización de condón es una suerte de condición accesoria del acto de contenido sexual consentido cuya vulneración es menos significativa y, por tanto, lesiona menos el bien jurídico protegido. Conclusión que, por las razones expuestas, rechazamos frontalmente. El acuerdo sobre el uso de preservativo constituye una parte esencial del consentimiento prestado para mantener un acto de contenido sexual penetrativo.

IV. El segundo apartado de nuestra disensión es el relativo a la subsunción de los hechos. (…) El razonamiento expresado en la sentencia de la mayoría no es puramente de subsunción, pues como se argumenta, la penetración no fue consentida en los términos convenidos, por lo que el contenido de antijuridicidad expresado en el hecho es atentatorio a la libertad sexual y ese atentado ha supuesto una penetración no consentida. Así resulta de la subsunción admitida en la deliberación. En el caso, reiteramos, la víctima accedió a mantener relaciones sexuales penetrativas de una determinada manera que incluía el uso de condón. El recurrente al retirarlo sin su conocimiento o consentimiento lesionó gravemente la libertad sexual de aquella pues el acto de contenido sexual no se llevó a cabo de la manera que la víctima había consentido. Hubo penetración no consentida y ello conduce, indefectiblemente, a las consecuencias normativas antes precisadas. Los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas, a los que se refiere la sentencia mayoritaria, tienen otras salidas en el propio Código penal, artículo 4 CP, a las que deberá acudirse en lugar forzadas interpretaciones de la norma, creemos, carentes de sustento en la tipicidad.

(STS 603/2024, 14 de junio)

ARTÍCULO 181 CP

Agresión sexual. Condena a un agente de policía que estando custodiando a una detenida le acosa, insistiéndole con el rechazo de la víctima y al final le da un beso sin consentimiento de la víctima siendo condenado por la vía del abuso sexual del artículo 181.1 CP. Alega el recurrente que es patente la atipicidad de los hechos, toda vez que el único contacto corporal acreditado es un beso en la mejilla que el recurrente dio a la detenida, que difícilmente puede constituir un acto material de contenido sexual. No cabe aplicar el subtipo atenuado del actual artículo 178.4 CP tras la LO 10/2022 dada la gravedad de los hechos reconocidos en la sentencia de la AP y del TSJ ante un funcionario policial que aprovecha la situación de una detenida para llevar a cabo los hechos probados

Está probado que existió un contacto físico de contenido sexual del recurrente con la denunciante como es un beso no consentido por ésta. Ello ocurrió, como señala el Fiscal de la Sala, tras haber intentado el recurrente ganar la confianza de la denunciante y buscar cierta intimidad, halagando su físico, preocupándose por su estado, situación y por

cuestiones de su vida personal, e incluso dando pasos previos en el acercamiento, preguntándole por mensaje escrito si podría abrazarla, lo que la denunciante negó, y, pese a ello, el recurrente llegó a besarla en la mejilla y lo intentó en los labios, aunque no lo consiguió.

Los hechos declarados probados han sido correctamente subsumidos en el artículo 181.1 del Código Penal al momento de los hechos, en cuanto la conducta del recurrente implicó un contacto corporal no consentido y con significación sexual. El beso y el intento de otro beso, configuran una intromisión en la libertad sexual de una persona que se encontraba en un medio hostil por desconocido, concurriendo el ánimo tendencial o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

Así, la circunstancia de que una persona de forma inconsentida le dé un beso a otra afecta a su libertad sexual, ya que en estos casos se exige el consentimiento, sin el cual supone la existencia de un beso robado que integra el ataque a la libertad de la mujer de decidir con quién quiere besarse, o quien acepta y admite que le dé un beso, ya que no existe un derecho en las personas a acercarse a otra y darle un beso sin consentimiento expreso o tácito *ex* artículo 178 CP, al afectar a la libertad sexual que puede integrarse por muy diversas facetas y formas de manifestación en cualquier parte del cuerpo de la víctima, ya que no solamente quedan afectados los órganos estrictamente sexuales, sino también cualquier parte del cuerpo de la víctima, donde la misma debe aceptar que puedan besarle, por lo que el consentimiento se exige en cualquier caso y circunstancia en que una persona se acerque a otra, y, sobre todo, en una manifestación como supone el dar un beso que si se da de forma inconsentida integra el delito actualmente de agresión sexual y que con anterioridad a la ley 10/2022, conllevaba la existencia de abuso sexual.

Otra circunstancia sería la determinación de la pena por la admisión de subtipo atenuado del actual artículo 178.4 CP con respecto a la calificación jurídica del hecho probado, pero este siempre se debe subsumir en una agresión sexual en la actualidad y abuso sexual al momento de los hechos cuando se trata de la concurrencia de un beso robado sin consentimiento de la víctima.

No puede, en consecuencia, entenderse que exista un derecho de cualquier persona a acercarse a otra y darle un beso cuando a la víctima no lo admite como prueba de cariño o afecto por sus circunstancias personales, familiares, o del tipo que sean, sino como un ataque personal a su intimidad y libertad sexual de consentir o no consentir quién pueda acercarse a la misma para hacer un acto tan íntimo y personal como es darle un beso.

Si se interpretara de otra manera nos encontraríamos con que el amparo en situaciones concretas personales que alguien pudiera alegar subjetivamente, o abusos de confianza en razón a la relaciones entre las personas, determinaría la atribución de derechos personales por los que una persona puede atribuirse el personal y subjetivo derecho de besar a otra sin su consentimiento expreso, o, como señala el artículo 178 CP en atención a las «circunstancias del caso».

Así, una mujer no puede tener una especie de servidumbre sexual, de tener que soportar el deseo de un hombre de querer darle un beso en cualquier parte del cuerpo, ya que ello integraría una agresión sexual por afectar a su intimidad y libertad sexual.

No cabe un contacto corporal inconsentido bajo ningún pretexto si no hay consentimiento.

En el presente caso existió un beso dado por el agente a la detenida aprovechando esta situación. No solamente las circunstancias del caso no evidenciaban un consentimiento, sino, precisamente, todo lo contrario como consta en los hechos probados, y siendo consciente de ello el recurrente insistió en acercarse y besar a la detenida sin que esta consintiera, y aprovechándose de una situación en la que el recurrente actuaba de vigilante y la condición de detenida de la víctima, lo que en estos casos les hace sentirse más víctimas.

Además, en situaciones de superioridad existe una especial vulnerabilidad añadida de la víctima que se minimiza en su contexto de ver cercenada su capacidad de oposición, y aunque lo que se requiere para que no sea una agresión sexual es el consentimiento, ni tan siquiera pueden darse situaciones de «reacción» cuando la posición del autor del acto es de superioridad. En cualquier caso, debe insistirse en que no es preciso un «no» de la víctima ante intentos de besar a una mujer, sino que para que no exista delito lo que hace falta es el consentimiento. Cuestión distinta en estos casos es la determinación de la pena y si concurre el actual subtipo atenuado del artículo 178.4 CP, pero ese es otro escenario en el que se parte de la tipicidad penal del hecho y, luego, en función de la gravedad del mismo ya se determina la pena.

En este sentido, la clave está en el consentimiento, al punto de que si este no ha concurrido ha habido agresión sexual. La clave, pues, está clara. Ahora bien, por unas u otras razones el legislador ha querido «vestir» al consentimiento de expresiones «de acompañamiento», –podríamos denominarlas así–, tales como «actos», o «circunstancias del caso», lo que evidencia que habrá que realizar un examen conjunto de la referencia que consta en el artículo 178.1 CP para evaluar el alcance de la exigencia de la prueba del consentimiento para poder concluir si existió, o no, agresión sexual.

Veamos, pues, cuál es la redacción que es objeto de análisis en el precepto clave y que se nos presenta como *Key issue,* o eje central, acerca de si ante una denuncia por agresión sexual el consentimiento concurrió, o no.

De esta manera, se contempla en el artículo 178.1 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.

De ello, se deducen varias cuestiones que se deben tener en cuenta en este caso, a saber:

1. El consentimiento debe prestarse libremente. Cualquier forma coactiva de obtenerlo se entenderá por inexistente. Debe existir libertad a la hora de prestarlo la mujer y nacer de una disposición libre y voluntaria de que quiere tener el acto sexual con esa persona en concreto, y no con otra, y, además, solo con esa persona sin la concurrencia de otros.
2. El consentimiento se otorga y presta solo y exclusivamente respecto a una persona y no con relación a otras. Es claramente prestado con significación de carácter individual y no colectiva.
3. El consentimiento es, así, unidireccional y no bidireccional. Se dirige hacia una persona y no frente a varias.
4. El consentimiento se manifiesta por «actos». No se admite en modo alguno la exigencia categórica de que el consentimiento solo es expreso. Puede ser tácito también por la inclusión de la expresión «circunstancias del caso» que habrá que atender para ver si hubo consentimiento.

Por actos debemos entender cualquier manifestación expresa o tácita que determine la evidencia de que ambas personas desean voluntariamente tener una relación sexual.

5. No es preciso un consentimiento expreso. Puede ser tácito, ya que la expresión «las circunstancias del caso» se erige como el referente para llegar al alcance interpretativo acerca de si existió el consentimiento.
6. El juez o tribunal deberán evaluar cuáles son las «circunstancias del caso» que se obtendrán de las declaraciones, tanto de la víctima como del acusado, para valorar cuáles fueron estas y si determinaron que existía un claro consentimiento de ambos, no tan solo de una de las partes, por cuanto el consentimiento debe ser mutuo y no solo de uno de ellos.
7. Debe existir, pues, confluencia y concurrencia de consentimientos entre ambos. El consentimiento debe ser con relación a una persona y solo frente a ella y no a otras.

8. El consentimiento es mutuo y expreso o tácito. Pero el condicionante clave en la interpretación acerca de si el consentimiento existió lo refleja con claridad el artículo 178.1 CP antes citado al referirse a actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Esto también nos lleva a una cuestión relativa a si debe ser la defensa la que pruebe que existió el consentimiento, lo que podría llegar a alterar la presunción de inocencia y las reglas de la distribución de la carga probatoria, pero no es que la defensa sea la que debe probar la inocencia, pero está claro que si la víctima niega la existencia del consentimiento y afirma que existió agresión sexual la defensa debe también ofrecer su versión de lo ocurrido, alegando que sí existió el consentimiento y cómo se expresó y manifestó el mismo, señalando cuáles fueron las «circunstancias del caso» por las que debe entenderse que el consentimiento mutuo existió y que, por ello, no existió agresión sexual.

Es indudable, así, que con independencia de que el acusado tiene derecho a no declarar, también es evidente que debe tener en cuenta que hay un principio de prueba, que es la manifestación de la víctima, que debe ser tenido en cuenta por la defensa a efectos de su valoración probatoria y la respuesta a ello de la defensa respecto a la realidad de los hechos que se alegan por la víctima haber ocurrido.

La expresión «las circunstancias del caso» en la determinación acerca de la concurrencia del consentimiento en los delitos sexuales.

En estos casos en los que el autor da un beso inconsentido a la víctima la determinación del consentimiento puede tener como referencia «las circunstancias del caso», pero ello no admite que se trate de una interpretación subjetiva de quien da el beso sobre si hay consentimiento, o no, por lo que no cabe apelar a las «circunstancias del caso» que se recogen en el artículo 178 CP en modo de interpretación subjetiva de que este concurre.

Y en el presente caso las circunstancias del caso no avalaban un consentimiento ni expreso ni tácito, sino más bien todo lo contrario, es decir, la oposición al contacto entre autor y víctima, tal y como consta claramente, y en unas circunstancias de aprovechamiento del autor del escenario en el que se encontraba la víctima.

Pues bien, cuando se apela a la expresión «Las circunstancias del caso» para poder entender si hubo consentimiento estas no se pueden interpretar de forma parcial y subjetiva por una de las partes, sino que tienen que tratarse de circunstancias que evidencien de forma clara y evidente la posibilidad consentida de que una de las personas le puedo

dar un beso a la otra sin atentar a su libertad sexual y a su intimidad y privacidad.

Porque estas «circunstancias del caso» deben demostrar a la luz de una interpretación objetiva, y no subjetiva del autor, de cuál fue la voluntad de la parte que recibe un beso y que lo consentía claramente, sin que quepan dudas de que no admitía un contacto físico tan personal e íntimo como recibir un beso de otra persona con la que no es habitual tener expresiones físicas de tal naturaleza, como es lo que en este caso ocurrió entre una detenida y un agente policial.

Distinto sería el caso de que entre las dos partes exista un vínculo personal que admita esa situación como normalizada, ya que si no es así ese acto tan privado supone un «exceso típico» cubierto en su momento en el artículo 181.1 CP y ahora en el artículo 178 CP.

Debe tratarse, así, de unas circunstancias del caso no apreciadas de forma subjetiva, sino de forma objetiva. De tal manera que quede bien a las claras que hay un consentimiento por la otra persona para el acceso de algo tan privativo como es la permisividad de que una persona le dé un beso a otra.

La expresividad del consentimiento atendiendo a las circunstancias del caso.

De esta manera, el legislador ha optado por incluir en el texto del CP la mención del consentimiento que, de cualquier manera, ya había sido exigido por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias donde el Alto Tribunal hace constar que el consentimiento es la clave en el análisis acerca de si existió agresión sexual (Entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 17/2021 de 14 Ene. 2021, Rec. 952/2019, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 886/2021 de 17 Nov. 2021, Rec. 5063/2019, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 664/2019 de 14 Ene. 2020, Rec. 10374/2019, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 460/2022 de 11 May. 2022, Rec. 10515/2021, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 802/2022 de 6 Oct. 2022, Rec. 10098/2022).

Pero en el texto penal se matiza el consentimiento al referirlo a los «actos» que expresen de manera clara la voluntad de la persona. Con el matiz interpretativo de atendidas las circunstancias del caso como estamos analizando.

Con ello, en el análisis de este tema vemos que hay que hacer mención a que:

1. El consentimiento debe expresarse o desprenderse con claridad. No se admiten dudas acerca de si el consentimiento existió o no.

2. La voluntad de la persona debe quedar «clara» de que accede al acto sexual y acepta tener relaciones sexuales.

3. No deben existir dudas acerca de si ese consentimiento existe o no. El CP exige en el artículo 178.1 CP que la expresión de la víctima sea clara en su voluntad positiva a mantener relaciones sexuales.

4. El mero silencio sin más aditamentos no puede dar lugar a admitir un consentimiento.

5. El consentimiento debe ser claro y concluyente perceptible claramente por los sentidos y no unilateral, sino bilateral.

6. La duda acerca de la concurrencia del consentimiento por parte del que ejecuta el acto sexual correrá en su contra. Este debe obtenerse por la voluntad clara de la otra parte, lo que aleja la posibilidad de la existencia de dudas en quien finalmente ejecuta el acto sexual sin estar seguro de que el consentimiento concurría.

7. Pero las «circunstancias del caso» descritas por ambas partes y valoradas por el juez o tribunal pueden determinar que el consentimiento se desprende con claridad de las «circunstancias del caso».

8. Pero para evaluar si existió debe ponderarse cuáles fueron «las circunstancias del caso» y analizar si estas determinan, no si pueden determinar, el consentimiento.

9. Debe entenderse por «circunstancias del caso» el conjunto de hechos o actos que concurren entre las partes en el momento inmediatamente anterior al inicio de la relación sexual que evidencian cuál es la voluntad de la persona y de forma clara, de tal manera que no debe dar lugar a dudas sobre que el consentimiento existió, ya que la falta de claridad en las circunstancias del caso para concluir concurrente el consentimiento da lugar a que este sea inexistente.

10. Suele considerarse como circunstancias al conjunto de lo que está en torno a alguien o algo. En este sentido, las circunstancias están vinculadas al contexto y pueden influir, con mayor o menor determinación, en la esencia de las cosas.

La noción de circunstancia está relacionada con lo circunstancial (es decir, con aquello que no es permanente).

Con ello, cuando se utiliza la expresión «circunstancias del caso» aplicable a los delitos sexuales se entiende como las referidas a ese momento que concurre entre las partes en instantes previos al inicio de un acto sexual y que rodean al modo de proceder las personas, y que haya sido promovido voluntariamente por ellas y que dé lugar a un entendimiento común de que la voluntad seria, clara y común de ambas personas va dirigida de modo exclusivo y excluyente a tener una relación sexual, pero sin dar pie a que se pueda entender a otra

cuestión referente al acto sexual. Y a ese concreto tipo de contacto sexual, no a otro.

Hay que tener en cuenta que los hechos circunstanciales pueden dar lugar a malas interpretaciones, lo que supone un peligro y un problema en esta materia en donde se adiciona a esta expresión que esos actos, y en atención a estas circunstancias, expresen de manera clara la voluntad de la persona. Con ello, debe deducirse claramente la realidad del consentimiento tanto de los actos como de las circunstancias del caso.

11. El amparo de «las circunstancias del caso» debe serlo a que estas conducen a entender que la voluntad es clara de tener la relación sexual concreta que luego se lleva a cabo y no otra; es decir, debe existir también claridad del «tipo de relación sexual» que se va a realizar, ya que el consentimiento lo es para un acto sexual concreto que puede excluir a otro u otros. Las circunstancias del caso deberán ser explicadas por la víctima y por el acusado y en base a ellas el juez o tribunal deberán llegar a su convicción acerca de si el consentimiento existió o no.

Acerca de si concurrió el consentimiento «atendidas las circunstancias del caso» hay que apelar a las declaraciones de las partes. Por ello, sobre la declaración de la víctima y del acusado debemos recordar las sentencias del Tribunal Supremo relevantes acerca de los criterios a tener en cuenta:

1. En caso de llegar a enjuiciamiento quedará en el ámbito de la prueba del plenario con las declaraciones de víctima y acusado y los criterios de la Jurisprudencia en torno a ambas declaraciones, aunque partiendo siempre de la presunción de inocencia, pero manteniendo que la sola declaración de la víctima es prueba bastante (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 422/2021 de 19 May. 2021, Rec. 10753/2020 (Validez declaración víctima)).
2. La valoración de la declaración de la víctima y 17 criterios para esta valoración aplicables. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018).
3. Necesidad de que cuando se trata de resoluciones judiciales basadas casi exclusivamente en la declaración de la víctima hay que redoblar la exigencia de la motivación acerca de las razones por las que el tribunal llega a la inferencia de que el consentimiento no existió «atendidas las circunstancias del caso». (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 68/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 10588/2019).

Sobre la expresión «las circunstancias del caso» ha reflejado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Senten-

cia 23/2023 de 20 Ene. 2023, Rec. 631/2021 que: «Históricamente nuestra legislación penal no contó con una definición legal de consentimiento que se acuñara junto a la descripción de los tipos penales, lo cual no significa que, desde siempre, la jurisprudencia no entendiera que era sustancial, como un elemento, en este caso negativo del tipo, que el agente actuara sin consentimiento de la persona agredida sexualmente, o bien bajo un consentimiento viciado por las circunstancias concurrentes derivadas de la posición del autor del hecho..... Pero dicho esto, siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones con contenido sexual.

La fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento.

Como es de ver, dicha fórmula descansa en 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».

Por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero han de ser tomados como explícitos.

De modo que el consentimiento ha de ser libremente prestado (implícitamente, no viciado), y aunque no se resuelve el consentimiento para acto concreto, como sería lo deseable, la mención «la voluntad de la persona», pudiera servir a dichos efectos.

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».

En consecuencia, el Tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios, si concurre en el caso enjuiciado consentimiento, o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo. En efecto, la definición del artículo 178 del Código Penal se ajusta a este canon: «cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento».

Al mismo tiempo, el alcance de lo que se entenderá por la concurrencia de «las circunstancias del caso» se obtendrá por la inferencia del juez o tribunal acerca de si estas circunstancias llevaron a entender que el consentimiento libre existió.

Sobre el consentimiento expreso de la víctima en delitos sexuales ya ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo con detalle en la Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020:

«1. La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.

2. Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que «no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer», sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.

3. Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última».

Pues bien, la percepción por parte del juez o tribunal acerca de si de las circunstancias del caso se pueda obtener la conclusión o convicción de que existió el consentimiento, o no, se puede obtener por medio de la inferencia.

La inferencia del juez o tribunal para interpretar «las circunstancias del caso» y las «máximas de experiencia».

Para llegar a evaluar y valorar las «circunstancias del caso» es preciso apelar al juicio de inferencia por parte del juez o tribunal. Puede, así, entenderse por inferencia el proceso intelectual realizado por el juez o tribunal acerca del análisis intelectivo que lleva a cabo el juez tras la práctica de la prueba en el juicio oral y el análisis acerca de si las circunstancias concurrentes en el caso concreto y las pruebas que se han practicado le llevan a una conclusión concreta, o a otra totalmente opuesta, lo que en el caso que nos ocupa nos situaría en aceptar que hubo consentimiento por parte de la mujer o que por el contrario no lo hubo, y concurriría, en consecuencia, un delito de agresión sexual.

Suele, así, significarse que la inferencia es el proceso por el cual se derivan conclusiones a partir de premisas o hipótesis iniciales, y cuando una conclusión se sigue de sus premisas o hipótesis de partida, por medio de deducciones lógicas válidas, se dice que las premisas implican la conclusión, que será aquella a la que llega el juez o tribunal analizando los actos y las circunstancias del caso para, de ahí, deducir si, en efecto, existió con claridad la voluntad de la persona de

acceder a tener una relación sexual, y a esa en concreto, no otra, a cuyo consentimiento se dirigió la aceptación del acto.

Respecto al acierto del proceso intelectivo de la inferencia señalar que cuando una inferencia es aceptable, lo es por su estructura lógica, pero para ello es preciso motivar la inferencia en la sentencia para otorgar la debida tutela judicial efectiva acerca de por qué se entendió que la inferencia deductiva del tribunal tras la prueba practicada llevó a esa conclusión y no a otra, y que en el caso de la enervación de la presunción de inocencia por decantarse el tribunal por la declaración de la víctima que expresó que el consentimiento no existió. Pero, además, que a la misma conclusión llega el tribunal «atendidas las circunstancias del caso» y que se obtiene por las declaraciones de ambas, pero prevaleciendo en este caso la declaración convincente de la víctima, que, al dar su versión y la concurrencia de «las circunstancias del caso», llevan al juez o tribunal a la inferencia de que el consentimiento no existió.

Ahora bien, en estos casos hay que recordar con la sentencia del Tribunal Supremo 68/2020, de 24 de febrero, Rec. 10588/2019 que existe la exigencia de redoblar la motivación de la sentencia cuando concurren solo declaración de la víctima versus declaración del acusado y se decanta el juez o tribunal por la versión de la víctima acerca de que no existió consentimiento, señalando que: «La palabra de un testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera «creencia» en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. En los casos de «declaración contra declaración» (normalmente no aparecen esos supuestos de esa forma pura y desnuda, despojada de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien o quienes proclaman su inocencia. Cuando una condena se basa en lo esencial en una única declaración testimonial ha de redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica de forma que se muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio.»

Hay que entender que el concepto de la inferencia procede de la lógica formal, donde con este nombre se designa un proceso de razonamiento deductivo, de modo que partiendo de unas premisas se llega a una conclusión que se sigue lógicamente de esas premisas. Por ello, todo ello deberá expresarse en la sentencia con la debida motivación que es la instrumentalización para plasmar y fijar en la sentencia el proceso de inferencia reflejado en la misma y obtenida de las premisas

que llevan a una conclusión interpretativa que en este caso se reduce a entender si existió, o no, consentimiento.

La doctrina jurisprudencial ha exigido que la plasmación de la inferencia sea racional y lógica, ya que si no lo es se tratará de un problema de la explicación razonable acerca de por qué se llega a esa conclusión.

Para construir adecuadamente el juicio de inferencia es preciso expresar un enlace lógico y racional; es decir, si existe el juicio lógico valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho –consecuencia que en este caso será la concurrencia del consentimiento.

Lo que será revisable, pues, es si ese proceso de inferencia está correctamente analizado y plasmado en la sentencia con un enlace preciso y lógico atendidas las máximas de experiencia, pudiéndose llegar a su revisión por la irracionalidad o por la falta de lógica conclusiva.

Hay que añadir, también, que, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo 532/2019 de 4 de noviembre «la conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada».

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 196/2023 de 21 Mar. 2023, Rec. 1147/2021 se añade que: «Está también fuera de duda que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el nuestro; el juicio de inferencia sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (STS 70/2011, de 9 de febrero).

En palabras de la STS 712/2015, de 20 de noviembre cuando dice (FJ 1°):

«No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquélla y la regularidad de la prueba utilizada».»

Con ello, no puede realizarse un proceso de «sustitución» de una valoración probatoria por otra, ya que ello atenta al principio de inmediación, sino el análisis lo es del proceso de análisis de la racionalidad, lógica y corrección constructiva en la motivación reflejada en la sentencia acerca de la prueba que se analizó y valoró en la sentencia. El juicio de inferencia no supone, pues, cuando se recurre la sentencia un proceso de «sustitución valorativa» de las pruebas, sino de análisis de la plasmación de las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Sería revisable el juicio de inferencia efectuado por el Tribunal de instancia si albergara conclusiones excesivamente abiertas y descan-

sando sobre lacónicas referencias, y, por ello, fuera excesivamente abierto, insuficiente, para que pudiera desvirtuarse sobre su base el derecho constitucional a la presunción de inocencia del acusado.

El consentimiento para evaluar si concurrió en delitos sexuales:

No se trata ya en la actualidad de evaluar si existió «oposición de la víctima» al acto sexual. Ello se refiere ya a una jurisprudencia antigua en donde se evaluaba si la víctima se opuso al acto sexual. En la actual es radicalmente distinto, ya que más que oposición al acto sexual que trasladaba la prueba a la acusación de que la víctima «se opuso» a mantener relaciones sexuales», la clave está, al revés, en si hubo consentimiento.

La STS n.º 344/2019, de 4 julio de 2019, insiste en delimitar el concepto de intimidación ambiental: «La intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento».

La intimidación viene a «disfrazar» el consentimiento y hacerlo aparecer coactivamente, con lo cual es ineficaz e inexistente. Y con respecto al consentimiento hay que recordar, siguiendo la muy reciente sentencia del Tribunal Supremo 10/2023 de 19 Ene. 2023, Rec. 10196/2022 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.»

Y a estos criterios se añaden los siguientes en la antes citada sentencia del Tribunal Supremo 10/2023 de 19 Ene. 2023, Rec. 10196/2022:

«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 inadmisible 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».

Se deben concluir, por todo ello, una serie de reglas que pueden operar a modo de decálogo, a saber:

1. La existencia del consentimiento para realizar el concreto sexual que finalmente se ejecutó debe ser claro y concluyente y haberse manifestado de forma libre.

2. La conclusión de que existió el consentimiento se obtiene de la prueba practicada y se obtiene por la inferencia del juez o tribunal.

3. Para poder concluir que hubo consentimiento para realizar ese acto sexual debe atenderse a las «circunstancias del caso».

Debe entenderse por estas el conjunto de hechos o actos que concurren entre las partes en el momento inmediatamente anterior al inicio de la relación sexual que evidencian cuál es la voluntad de la persona y de forma clara, de tal manera que no debe dar lugar a dudas sobre que el consentimiento existió, ya que la falta de claridad en las circunstancias del caso para concluir concurrente el consentimiento da lugar a que este sea inexistente.

4. El razonamiento acerca de que existió consentimiento debe atender a las reglas de la lógica y debe ser razonable explicado en la sentencia con la suficiente y adecuada motivación basado en el juicio de inferencia y en las máximas de experiencia.

5. No cabe apelar a la tesis del error sobre que había consentimiento.

6. No cabe apelar a una noción subjetiva de que existe el consentimiento entendido por el que luego es acusado de agresión sexual.

7. El consentimiento debe ser claro y concluyente perceptible claramente por los sentidos y no unilateral, sino bilateral.

8. El legislador ha optado por un consentimiento que pueda ser expreso o tácito; de ahí que haya incluido la referencia a la expresión «Las circunstancias del caso».

9. La duda acerca de la concurrencia del consentimiento por parte del que ejecuta el acto sexual correrá en su contra. Este debe obtenerse por la voluntad clara de la otra parte, lo que aleja la posibilidad de la existencia de dudas en quien finalmente ejecuta el acto sexual sin estar seguro de que el consentimiento concurría.

10. El consentimiento es bilateral, no unilateral, y en la dirección del acto sexual pactado, no a cualquier otro. El consentimiento lo es para un acto sexual concreto.

En el presente caso es incuestionable que no hubo consentimiento para que el recurrente pudiera acercarse y darle un «beso robado» a la víctima que estaba detenida, por lo que lo que ocurrió es que, lejos del consentimiento, existió clara oposición, pero en estos casos ni tan siquiera hace falta una oposición o negativa de la víctima, ya que ello no es factor a tener en cuenta, por cuanto en los casos de «besos robados» y atendiendo a las circunstancias del caso que pudieran evidenciar el consentimiento de la mujer a aceptar el beso se estaría cometiendo la agresión sexual actual, antiguos abusos sexuales, siendo, por ello, típica y punible esta conducta. Y en el caso concreto un agente policial en modo alguno puede acercarse a una detenida y darle un beso aprovechando su situación y la especial vulnerabilidad en la que se encuentra.

Sobre esta cuestión debemos traer a colación, también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 175/2022 de 24 Feb. 2022, Rec. 896/2021, que señala que, «Como afirmábamos en nuestra STS 79/2022, de 27 de enero, el significado sexual de un determinado tocamiento o acto sobre el cuerpo de otra persona se nutre, sobre todo, de valoraciones socio–culturares que permitan identificar que las zonas del cuerpo en las que se proyecta corresponden con las que, en términos intersubjetivamente compartidos, las personas viven su sexualidad o se interrelacionan con otros sexualmente. Vínculo entre cuerpo y sexualidad que posibilita reconstruir el ánimo atentatorio de la indemnidad sexual que mueve a quien lo realiza».

En este contexto resulta evidente que el contacto fugaz de un beso no consentido supone una invasión corporal del autor sobre la víctima

que no está obligada a admitir actos sobre su cuerpo de contenido sexual como puede ser un beso inconsentido en su cara, y, atendiendo a la realidad social, es indudable la connotación sexual de ese tipo de actos no consentidos, aunque sea fugaz, como puede ser un beso cuando no concurra el consentimiento *ex* artículo 178 CP.

El motivo se desestima.

Cuarto. Aplicación de la LO 10/2022.

Solicita el recurrente que, en caso de condena «se imponga la pena de multa de 18 meses, mínimo legal al ser delincuente primario y atendiendo, nuevamente, a la escasa significación de lo sucedido.» Se interesa, así, que se aplique el subtipo atenuado del artículo 178.4 CP que lleva la pena a la de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Debe descartarse la absolución que postula, dado que este tema ya ha sido analizado en esta sentencia confirmando la tipicidad del hecho probado.

Hay que recordar el recurrente fue condenado como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 punto 1 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad (error corregido en la alzada, sustituida por prevalimiento de cargo público) del artículo 22.7.ª y la atenuante de embriaguez del artículo 21.7.ª en relación con el artículo 21.1.ª y 20.2.ª, todos del Código Penal, imponiéndole las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, libertad vigilada y costas.

No cabe esta aminoración en sede casacional de la pena aplicando ahora un subtipo atenuado, cuando en la sentencia de la AP se destacó que «Nos decantamos por una pena de prisión y no por la de multa (que de forma subsidiaria la defensa solicita) por estimar que aunque la intensidad de acto atentatorio contra la libertad sexual fue de menor intensidad, las circunstancias en que ocurrieron los hechos la hicieron especialmente afrentosas para la perjudicada por la situación de indefensión en la que se encontraba y el temor que le generó por lo que podría suceder viniendo de quien venía, lo que merece un mayor reproche penal».

Y, además, en la sentencia del TSJ se valida esta apreciación por cuanto se apunta que «... los hechos no carecen de gravedad, tal y como de manera contundente se razona en la sentencia apelada, al aludir a las circunstancias en que se produjeron los hechos, por tratarse de un

abuso sexual contra una mujer detenida por parte del funcionario policial que la custodiaba. La Sala comparte sin titubeos este criterio de la sentencia, y añade que la circunstancia atenuante apreciada de oficio, que permitió la imposición de la pena en su mitad inferior pese a la especial intensidad agravatoria del prevalimiento, no resta un ápice de reprochabilidad a los efectos de optar por prisión o multa, al tratarse de embriaguez de un funcionario policial en servicio».

No puede, pues, aplicarse un subtipo atenuado que no fue reconocido ni admitido, dadas las circunstancias en que se desarrollan los hechos con un agente policial de servicio que realiza a la detenida aprovechando la custodia policial los actos que se consideran probados. No cabe aplicar en este caso de «menor gravedad del hecho» no reconocida en modo alguno ni por la AP ni por el TSJ.

(STS 625/2024, 19 de junio)

ARTÍCULO 198 CP

Descubrimiento y revelación de secretos. La acusada, contratada temporalmente por el Servicio Público de Salud, accedió sin consentimiento a la base de datos con el fin de obtener datos médicos relativos a la compañera sentimental de su ex marido. Haciéndose pasar por ella, dando su nombre y su DNI, consiguió que la enfermera le dijera el número de semanas de gestación en que se encontraba, tras acceder a la historia clínica. Se consideran datos de carácter personal a toda información sobre una persona física identificada o identificable no susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El perjuicio consiste en su mero conocimiento derivado del simple acceso. Lo que se sanciona no es el acceso no autorizado al fichero, sino el acceso no autorizado al dato. Agravante específica por cometerse por funcionario público. La recurrente, a pesar de haber sido contratada temporalmente para la sustitución de un funcionario en permiso vacacional, en el momento de ejecutar los hechos realizaba funciones públicas en el Servicio Andaluz de Salud, aprovechando tal coyuntura y los instrumentos informáticos de los que se le dotó para ejercer su función, a fin de conocer los datos reservados que en materia sanitaria centraliza la Administración autonómica para ejercer la competencia autonómica asistencial que tiene asignada

El tipo penal objeto de análisis sanciona a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes

informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

En nuestra Sentencia 260/2021, de 22 de marzo, destacamos que el bien jurídico protegido por el tipo penal es la libertad o privacidad informática de los individuos proyectada sobre los datos personales, recordando que ya la Sentencia n.º 586/2016 fijó que el bien jurídico objeto de protección no era la intimidad, entendida en el sentido que proclama el artículo 18.1 de la Constitución Española, sino la autodeterminación informática a que se refiere el artículo 18.4 del texto constitucional (STS n.º 221/2019, de 29 de abril). En el mismo sentido, la STS n.º 532/2015, de 23 de septiembre, reflejó que «lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido».

Decíamos en la sentencia que por datos de carácter personal ha de entenderse toda información sobre una persona física identificada o identificable, tal como se desprende del 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 que datos de carácter reservado eran aquellos que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera (SSTS n.º 1328/2009, de 30 de diciembre y 532/2015, de 23 de septiembre), esto es, todo conocimiento desconocido u oculto que el sujeto activo no conozca o que no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se desvele, con independencia de su contenido concreto, pues la protección se extiende a todos los que se encuentren en los ficheros o archivos a los que se hace referencia, siempre que sean de carácter personal o familiar.

Respecto de la cuestión relativa a si la modalidad de acceso requiere también que se realice «en perjuicio» del titular o de un tercero, al igual que ocurre con la alteración y la utilización de los datos, la sentencia que nos sirve de orientación subrayaba que ha sido respondida afirmativamente por esta Sala, pues la Sentencia n.º 1328/2009, de 30 de diciembre señaló, con relación a las conductas tipificadas en el artículo 197.2 del Código Penal, que «es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2.º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan

ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles –y con la misma pena– en el inciso segundo».

En todo caso, destacamos que la misma sentencia proclamó que cuando se trata de datos sensibles, el perjuicio consiste en su mero conocimiento derivado del simple acceso, de modo que se actúa «en perjuicio» cuando se accede a los datos que merezcan la calificación de sensibles, sin que sea necesario un perjuicio añadido a su mero conocimiento. Si bien limitábamos la denominación de datos sensibles a los que dan lugar a la agravación prevista en el apartado 5 del artículo 197, es decir, los relativos a ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, pues en el artículo 9 de la actual LOPDP, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se consideran una categoría especial de datos los relativos a ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico, como lo son también en el 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 que, al diferenciar entre datos personales y datos sensibles, se refiere a estos últimos como los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física, justificando por ello una protección especial.

Respecto de los demás casos de datos personales, el perjuicio pretendido debe justificarse suficientemente, esto es, debe acreditarse una consecuencia negativa que suponga algo más que el efecto propio del mero acceso o de cualquiera de las otras acciones típicas. En este sentido recordábamos la STS n.º 234/1999, de 18 de febrero y la STS n.º 803/2017, de 11 de diciembre, que expresaban que «Parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo».

En todo caso, subrayábamos que el tipo penal exige el acceso a un dato, pues lo que el precepto sanciona no es el acceso no autorizado al fichero, sino el acceso no autorizado al dato. Un posicionamiento que

se reflejó también en nuestra reciente Sentencia 43/2022, de 20 de enero. Y aun cuando el acceso a un fichero vacío supondría confirmar, al menos, que no se dan las circunstancias que aparecerían anotadas si se hubiera constatado la realidad de referencia en el fichero, para que esta no información de concurrencia fuera penalmente relevante, sería preciso que se proyectara sobre los aspectos sensibles anteriormente expuestos o, en la eventualidad de tratarse de cualquier otra información de carácter personal, que hubiera generado un efectivo perjuicio.

2.3 Lo expuesto determina el rechazo de la alegación de la recurrente.

Es cierto que la acción típica que fundamenta la punición es el acceso a las citas médicas de la denunciante que aparecían registradas en el Sistema Andaluz de Salud. Solo respecto de ellas es predicable un acceso no autorizado al banco de datos y no la mera obtención torticera de la información, más aún cuando la recurrente viene condenada en su condición de funcionario público y no participaba de esas funciones públicas cuando telefoneó al centro asistencial y suplantó la identidad de Sonsoles.

Sin embargo, ello no supone la atipicidad de los hechos. Las citas médicas, como base inicial y esencial del historial médico de una persona, son datos reservados no susceptibles de ser conocidos por cualquiera. Y su naturaleza sensible, que permite proclamar la presencia de un perjuicio inherente a la revelación, no sólo deriva de que el conocimiento de las citas médicas comporta una intromisión en la salud de las personas sino, en este caso, de que las visitas programadas lo eran para el servicio de obstetricia y, consecuentemente, eran reveladoras de circunstancias directamente vinculadas con la sexualidad de la paciente.

2.4 En lo tocante a la aplicación del subtipo agravado del artículo 198 del Código Penal, no podemos sino remitirnos a la estable jurisprudencia establecida al respecto.

El artículo 24.2 del Código Penal considera funcionario público a «todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas».

En tal sentido, hemos proclamado que para el Derecho Penal, el concepto de funcionario público es independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, pues la razón penal de su consideración es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (SSTS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el

que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente «la participación en la función pública» (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, esto es, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de una autoridad competente para hacerlo.

Y en mayor concreción para este supuesto, nuestra jurisprudencia también ha subrayado la indiferencia de que el funcionario público sea interino o de plantilla. Decíamos en nuestra STS 663/2005, de 23 de mayo, que los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas, así como los interinos, sustitutos o funcionarios de empleo, en contraposición de los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios de propiedad, siendo lo relevante que el trabajador participe en el ejercicio de funciones públicas (SSTS 1544/2004, de 23 de diciembre; 252/2008, de 22 de mayo, o 1008/2022, de 9 de enero de 2023, entre muchas otras).

Por último, el elemento de participar en funciones públicas también ha sido interpretado en términos extensivos. Como sintetizábamos en nuestra STS 876/2006, de 6 de noviembre, para una correcta determinación del carácter público de la actuación debe de partirse de que concurra una actividad dirigida a satisfacer los intereses generales, esto es, a las potestades legislativa, jurisdiccional y ejecutiva de la Administración pública, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad o abastecimientos, entre muchas otras. Criterio que, en todo caso, debe ser delimitado por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane la actuación debe ser público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas.

2.5 Lo expuesto muestra la correcta aplicación del artículo 198 del Código Penal.

El artículo establece una penalidad agravada para las conductas expresadas en el artículo 197 de aplicación en este supuesto, cuando

se ejecuten por autoridad o funcionario público, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo. Un comportamiento plenamente observable en la recurrente que, por más que hubiera sido contratada temporalmente para la sustitución de un funcionario en permiso vacacional, en el momento de ejecutar los hechos realizaba funciones públicas en el Servicio Andaluz de Salud, aprovechando tal coyuntura y los instrumentos informáticos de los que se le dotó para ejercer su función, a fin de conocer los datos reservados que en materia sanitaria centraliza la Administración autonómica para ejercer la competencia autonómica asistencial que tiene asignada.

(STS 317/2024, 16 de abril)

ARTÍCULO 205 CP

Calumnias. El ejercicio de la libertad de expresión en el proceso judicial por los Letrados de las partes está reforzado y su relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental como es el derecho a la defensa de la parte, por ello se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar. Letrado que defendía los intereses de sus representados vertió expresiones en un único escrito formulando recurso dentro de un procedimiento penal en que se solicitaba la deducción de testimonio por si los hechos fueran constitutivos de diferentes delitos, entre ellos, de prevaricación judicial, atribuyendo al Juez una actuación irracional y arbitraria, sin la imparcialidad obligada por la ley, sólo buscaba información justificante para achacar un proceder espurio a la parte denunciante con el único fin de promover un sobreseimiento. Expresiones desafortunadas e innecesarias en las que concurre la causa de justificación del derecho a la libertad de expresión del abogado en el ámbito del ejercicio del derecho de defensa

El honor, bien jurídico protegido por el delito por el que el recurrente ha sido condenado es de naturaleza eminentemente subjetiva, íntimamente conectado con la personalidad de cada individuo, a la vez que influenciado por los criterios valorativos culturales y sociales imperantes en cada momento, por lo que resulta complicado ofrecer un concepto del mismo que satisfaga plenamente las diversas expectativas existentes al respecto, así como determinar donde radican y bajo qué condiciones operan los límites a su protección jurídica en una sociedad democrática.

Desde un punto de vista estrictamente legal, hemos venido diciendo (STS núm. 745/2021 (sic), de 1 de marzo) que «lo que exige el tipo contemplado en el artículo 205 del Código Penal no es propiamente la imputación de un delito sino la atribución de un hecho delictivo que ha de realizarse a una persona o personas concretas o, al menos, bien identificables; que ha de contener los elementos propios de una infracción delictiva, aunque no sea preciso que el autor la califique según el Código Penal; y que, desde el tipo subjetivo se requiere el dolo directo (con conocimiento de su falsedad), o bien el dolo eventual (con temerario desprecio hacia la verdad)».

En esa misma sentencia (núm. 745/2021 (sic)) expresábamos que «La jurisprudencia constitucional ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto garantía para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte en «uno de los pilares de una sociedad libre y democrática» (SSTC 6/1981, 12/1982, 41/2001 y 50/2010). Ha señalado también 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» (SSTC 174/2006)».

Más en concreto, en relación a la actuación de los Letrados en los expedientes judiciales, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el ejercicio de la libertad de expresión en el proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE, tratándose de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar» (STC núm. 24/2007 de 12 de febrero). En el mismo sentido señala (STC núm. 155/2006 de 22 de mayo, con cita de la núm. 157/1996 de 15 de octubre), que «excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este Tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimo».

La STC de 18 de junio de 2007, con cita de las SSTC núm. 235/2002, de 9 de diciembre; 65/2004, de 19 de abril; 22/2005, de 1 de febrero; y 232/2005, de 26 de septiembre, señala que «el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes consiste en una libertad de expresión reforzada

cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, F. 5)».

Igualmente las SSTC núm. 22/2005, de 1 de febrero y 232/2005, de 26 de septiembre, indican que «la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 142/2020, de 19 de octubre de 2020, la que además recuerda la necesidad efectuar un juicio de ponderación caso por caso, a fin de determinar si el ejercicio legítimo de un derecho a la libertad de expresión y tutela judicial efectiva puede obrar como causa de justificación de expresiones que en otro caso podrían constituir un atentado contra el honor. De esta forma, con cita de la sentencia núm. 299/2006, de 23 de octubre señala que: «[...] la tutela judicial exige que las alegaciones formuladas en un proceso, que sean adecuadas o convenientes para la propia defensa, no pueden resultar «constreñidas por la eventualidad incondicionada de una ulterior querella por supuestos delitos atentatorios al honor de la otra parte procesal, que actuaría así con una injustificada potencialidad disuasoria o coactiva para el legítimo ejercicio del propio derecho de contradicción (STC 100/1987, de 12 de junio, FJ 3). Y es que el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial y defensa de los propios intereses que asiste a todos los ciudadanos y el carácter esencial que para el funcionamiento de la Justicia reviste la figura del abogado impone –y así lo ha destacado el legislador (art. 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ)– que «en su actuación ante los jueces y tribunales» los abogados sean libres e independientes», gozando «de los derechos inherentes a la dignidad de su función», por lo que deberán ser «amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa», sin la cual este último derecho fundamental resultaría ilusorio.

Es sabido que, junto a los supuestos ordinarios de ejercicio de la libertad de expresión y comunicación, como forma genérica, exteriorizada, de una previa libertad de opinión o de creencia, se dan supuestos de ejercicio de tal libertad en los que están implicados otros bienes constitucionales, o incluso otros derechos fundamentales que adquie-

ren así contenido autónomo en la norma fundamental. Tal es el caso de las libertades de expresión e información conectadas a los procesos de formación y de exteriorización de un poder político democrático (art. 23 CE), el de la libertad de cátedra [artículo 20.1 c) CE], o el que ahora nos ocupa de la defensa de sus derechos e intereses legítimos y la asistencia letrada (art. 24 CE).

De esta manera, la libertad de expresión e información del abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el artículo 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por esta razón, hemos reiterado que cuando la ejercen los abogados se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar dado su valor instrumental al ejercicio de otros derechos fundamentales, lo que justifica el empleo de una mayor beligerancia en los argumentos que ante los Tribunales de Justicia se expongan. Por ello su ejercicio ha de valorarse en el marco en que se ejerce, y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que carezca de límites ni ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la ‘’autoridad e imparcialidad del Poder Judicial», que el artículo 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) erige en límite explícito a la libertad de expresión (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 febrero 1989, asunto Barfod). Así hemos tenido oportunidad de señalar que excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria a los fines de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5)».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado también al respecto. Son varias las decisiones del TEDH que han considerado que determinadas resoluciones de Tribunales españoles que condenaban por delito de calumnia o injurias a juez habían sido dictadas con vulneración del artículo 6.1 CEDH.

Recordemos en primer lugar la sentencia de 12 de enero de 2016, dictada en el asunto Rodríguez Ravelo v. España. El supuesto exami-

nado venía determinado porque el demandante, abogado en ejercicio, denunció una violación del artículo 10 del Convenio. Alegó que su condena penal por un delito de calumnias, impuesta debido a las expresiones utilizadas por él en el marco de una demanda civil presentada por escrito en representación de su cliente ante el juzgado de primera instancia núm. 13 de Las Palmas, vulneró su derecho al respeto de la libertad de expresión.

El Tribunal consideró que la condena del demandante que conllevaba un riesgo de privación de libertad, no fue proporcional al objetivo legítimo perseguido y no era, por tanto «necesaria en una sociedad democrática». Por ello estimó que había habido una violación del artículo 10 del Convenio.

Las consideraciones efectuadas por el Tribunal son las siguientes: «El Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que una violación de la libertad de expresión corre el riesgo de tener un efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad (véase, *mutatis mutandis,* Cumpănă y Mazăre contra Rumania [TEDH 2004, 101] GS, núm. 33348/96, ap. 114, TEDH 2004 XI). El carácter relativamente moderado de las multas cuya falta de pago podría llevar aparejada una privación de la libertad no puede ser suficiente para eliminar el riesgo del efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Esto es particularmente cierto con respecto a un abogado llamado a la defensa efectiva de su cliente (Mor contra Francia, núm. 28198/09, ap. 61, 15 de diciembre de 2011 [TEDH 2011, 108]). De forma general, si bien es legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones llama a un ejercicio moderado de la vía penal por su parte (Morice contra Francia GS, núm. 29369/10, ap. 127, de 23 de abril de 2015 [PROV 2015, 111088]).

La libertad de expresión que goza un abogado en la sala de audiencias no es ilimitada, y ciertos intereses, como son la autoridad del poder judicial, son suficientes para justificar las restricciones a este derecho. Sin embargo, incluso si las sanciones impuestas son responsabilidad de los tribunales nacionales, el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia, sólo excepcionalmente una restricción a la libertad de expresión del abogado de la defensa, incluso a través de un castigo ligero, puede considerarse como necesaria en una sociedad democrática (Nikula [PROV 2002, 78022], precitada, apds. 54–55). Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado, tiene, por su propia naturaleza, un «efecto disuasorio», no sólo sobre el propio abogado, sino también sobre la profesión en su conjunto (ibid., ap. 54). Cualquier «efecto disuasorio» es un factor importante a tener en

cuenta para garantizar un equilibrio justo entre los tribunales y abogados en el contexto de una adecuada administración de la justicia (Kyprianou [PROV 2006, 237], ap. 175).

El Tribunal considera que la conducta del demandante aparece como una falta de respeto hacia la juez de primera instancia núm. 2 e, indirectamente, hacia la justicia. De hecho, el interesado ha presentado los juicios de valor contra la juez en el contexto de la defensa de su cliente, y asimismo, también acusó al juez de conducta reprobable e incluso contraria al deber de un juez – que no justificó ni demostró–, como «decidir voluntariamente falsear la realidad», no «vacilar en mentir», «emitir un informe falso (...) que contenía información falsa y mal intencionada» (ap. 18). En un caso como el presente caso, no se puede excluir la posibilidad de una sanción de este tipo de comportamiento por parte de un abogado.

No obstante, el Tribunal considera que, aunque graves y descorteses, las expresiones utilizadas por el interesado no se realizaron en la sala de audiencias propiamente dicha y se centraron principalmente en la forma en que la juez en cuestión conducía un procedimiento puramente civil. El deber del abogado consiste en defender con celo los intereses de sus clientes, lo que le lleva, a veces a preguntarse sobre la necesidad de oponerse o no o quejarse sobre la actitud de un tribunal (Kyprianou [PROV 2006, 237], precitado, ap. 175, Morice [PROV 2015, 111088], precitado, ap. 137). En primer lugar corresponde a los propios abogados, sujeto a revisión por los tribunales, valorar la pertinencia y la utilidad de presentar un argumento de defensa, sin verse influidos por el «efecto disuasorio» que podría tener una sanción penal aunque fuera relativamente ligera (Nikula [PROV 2002, 78022], precitada, ap. 54).

El Tribunal observa que, en el ordenamiento jurídico español, los abogados pueden ser sancionados disciplinariamente cuando incumplen sus obligaciones en los procedimientos en los que intervienen, particularmente en el caso de falta de respeto hacia los jueces y tribunales (ap. 25). En el presente asunto, el demandante fue condenado penalmente como autor de un delito de calumnias contra la juez de primera instancia núm. 2. El Tribunal considera que sus palabras, si bien agresivas, fueron presentadas en el contexto de la defensa de los intereses de su cliente. Señala que los términos utilizados por el demandante no fueron objeto de ninguna publicidad (Schopfer [TEDH 1998, 22], precitado, ap. 34). Fueron expresadas por escrito y tan solo tuvieron conocimiento de ellas el juez de primera instancia núm. 13 y las partes implicadas.

Considerando lo precedente y teniendo en consideración la condición de abogado del demandante y la existencia de otras sanciones de índole no penal previstas por el derecho disciplinario (apds. 25 y 31), al Tribunal no le convence el argumento del Gobierno según el cual la pena impuesta al demandante era proporcional a la gravedad de la infracción cometida (ap. 34).

Por el contrario, considera que el hecho de haber sido condenado penalmente, junto al carácter grave de la pena impuesta al demandante, tiene por efecto producir un «efecto disuasorio» sobre los abogados en situaciones en las que se trata de defender a sus clientes (Nikula [PROV 2002, 78022], precitado, ap. 49 y Morice [PROV 2015, 111088], precitado, ap. 176). El Tribunal observa que el demandante fue condenado a una pena de multa junto a una pena de sustitución por privación de libertad en caso de incumplimiento del pago de la multa.

Por tanto, las sanciones penales, en especial aquellas que conllevan eventualmente una privación de libertad, limitando la libertad de expresión del abogado de la defensa, difícilmente pueden ser justificadas. Las jurisdicciones penales que examinaron el asunto no ponderaron un justo equilibrio entre la necesidad de garantizar la autoridad del poder judicial y la de proteger la libertad de expresión del demandante. El hecho de que el demandante hubiera pagado la cantidad a la que fue condenado y por tanto, no haya tenido que padecer una pena de privación de la libertad (ap. 34) no modifica en nada dicha conclusión».

Ello no obstante, el TEDH no excluye la necesidad de proteger a los jueces de los ataques verbales ofensivos que puedan recibir en el ejercicio de sus funciones, debiendo examinarse en cada caso las circunstancias concurrentes y la aplicación del parámetro de proporcionalidad, tomando en consideración la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido el tenor de las expresiones referidas y el contexto en el cual fueron formuladas, así como si la injerencia en cuestión era proporcionada a los fines legítimos perseguidos.

En la sentencia de 9 de marzo de 2021, dictada en el asunto Benítez Moriana e Iñigo Fernández v. España, el TEDH va todavía más allá.

Se trataba de un supuesto en el que se condena a dos sujetos por un delito de injurias graves con publicidad (arts. 208, 209 y 211 CP) a consecuencia de la publicación de una carta abierta en un periódico en la que se criticaba la actuación de una Juez.

Nuevamente la problemática se produce fruto de la confrontación del derecho a la libertad de expresión con el derecho al honor.

En el parágrafo 48 de la sentencia, señaló el Tribunal que «Por lo que respecta al nivel de protección de la libertad de expresión, existe un ámbito mínimo con arreglo al artículo 10.2 del Convenio para restringir el debate sobre asuntos de interés público. Por tanto, se otorgará un elevado nivel de protección a la libertad de expresión, con lo que en consecuencia las autoridades dispondrán de un margen de apreciación especialmente restringido, cuando los comentarios afecten a asuntos de interés público, como ocurre especialmente con las expresiones sobre el funcionamiento del poder judicial, incluso en el contexto de procedimientos todavía pendientes en relación con otros demandados. El grado de hostilidad y la potencial gravedad de ciertos comentarios no impiden el derecho a un elevado nivel de protección de la libertad de expresión, en vista de la existencia de un asunto de interés público (véase Paturel v. France, n.º 54968/00, § 42, de 22 de diciembre de 2005, y Morice [CG], citado anteriormente, § 125). Excepto en el supuesto de ataques gravemente perjudiciales que carezcan básicamente de fundamento, los jueces como tales pueden estar sujetos a la crítica personal dentro de los límites permitidos, y no solo de forma teórica y general. Cuando actúan en función de su cargo, pueden estar sujetos a límites más amplios de crítica aceptable que el resto de ciudadanos (véase Morice [GC], citada anteriormente, § 131)».

En el mismo sentido se expresa en las sentencias de 25 de junio de 2020, asunto Bagirov contra Azerbaiyán, 30 de junio de 2015, asunto Peruzzi contra Italia; y 8 de octubre de 2019, asunto L. P. y Carvalho contra Portugal.

Ello no obstante, el TEDH no excluye la necesidad de proteger a los jueces de los ataques verbales ofensivos que puedan recibir en el ejercicio de sus funciones, estimando que deben examinarse en cada caso las circunstancias concurrentes y la aplicación del parámetro de proporcionalidad, tomando en consideración la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido el tenor de las expresiones referidas y el contexto en el cual fueron formuladas, así como si la injerencia en cuestión era proporcionada a los fines legítimos perseguidos.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 142/2020, de 19 de octubre de 2020, antes citada, además de efectuar un análisis de esta doctrina, se refiere a los factores a tener en cuenta para efectuar ese juicio de ponderación a fin de determinar la adecuación una sanción por manifestaciones no protegidas por el artículo 10 CEDH. Se refiere a su vez a la STEDH de 12 de enero de 2016, asunto Rodríguez Ravelo contra España, recordando que «En dicha resolución se

indica (parágrafo 39): «A la hora de ejercer su control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de considerar la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido, en este caso, el tenor de los comentarios que se recriminan al demandante y el contexto en el cual este los ha formulado. Debe determinar, especialmente, si la injerencia en cuestión era "proporcionada a los fines legítimos perseguidos" y si los motivos aducidos por las Autoridades nacionales para justificarla se revelan "procedentes y suficientes". Actuando así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe de estar convencido de que las Autoridades nacionales han aplicado unas normas que responden a los principios enunciados en el artículo 10 y que, además, se han fundado en una valoración aceptable de los hechos pertinentes».

(v) Requiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme enseña en la misma sentencia, «indagar si, a la vista de los hechos de la causa, se ha ponderado un justo equilibrio entre, por una parte, la necesidad de garantizar la protección de la autoridad del poder judicial y de los derechos de los demás y, por otra, la protección de la libertad de expresión del demandante en su condición de abogado» (parágrafo 43).

En esta perspectiva, no cabe descartar absolutamente la utilización de mecanismos punitivos frente a expresiones empleadas por los abogados en el marco del ejercicio de su profesión. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «La libertad de expresión de la que goza un abogado en el estrado no es ilimitada, y ciertos intereses, tales como la autoridad del poder judicial, son bastante importantes como para justificar restricciones de este derecho» (parágrafo 45).

(v) Precisa también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la imposición de una sanción penal a un abogado por las manifestaciones realizadas contra la actuación de un juez es una posibilidad excepcional que, en todo caso, exige realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad de la reacción sancionatoria que pondere los derechos en juego, a la luz de la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto. Tales cautelas, que resultan siempre operativas, han de ser especialmente consideradas cuando de sanciones penales se trata. Como se indica en la misma STEDH, asunto Rodríguez Ravelo, parágrafo 45: «Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado conlleve, por su misma naturaleza, un efecto disuasorio», no solo para el abogado afectado, sino también para la profesión en su conjunto [...]. Todo efecto disuasorio» es un factor importante a tener en cuenta para ponderar un justo equilibrio

entre los tribunales y los abogados en el marco de una buena administración de la justicia». Lo que reitera la STEDH en el asunto L. P. y Carvalho contra Portugal, parágrafo 71, añadiendo que ese efecto disuasorio resulta «aún más inaceptable cuando se trata de un abogado llamado a asegurar la defensa efectiva de sus clientes».

Así, representa un factor a ponderar, la naturaleza y severidad de las sanciones impuestas, a fin de calibrar la proporcionalidad de la respuesta punitiva: SSTEDH 15 de diciembre de 2011, asunto Mor contra Francia, parágrafo 61; y 25 de junio de 2020, Caso Bagirov contra Azerbaiyán, parágrafo 83.

Viene insistiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este punto, que se debe ser particularmente cuidadoso en el ejercicio de la acción penal por delitos como el que nos ocupa, singularmente cuando cabe la posibilidad de imponer penas de prisión. Al respecto es irrelevante si en el caso concreto se satisfizo dicha multa eludiendo con ello la privación de libertad, pues lo importante es que la pena comportaba eventualmente esta última medida: STEDH de 12 de marzo de 2016, asunto Rodríguez Ravelo contra España, parágrafo 50.

(vi) Como consecuencia, el Alto Tribunal europeo propugna igualmente la preferencia de sanciones no penales como respuesta ante esta clase de manifestaciones en estrados. Con palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el reiteradamente citado asunto Rodríguez Ravelo: «De una manera general, aunque sea legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que esas Instituciones ocupan, exigen a las autoridades que den muestras de mesura en el uso de la vía penal» (parágrafo 44), de forma que la existencia de posibilidades sancionatorias no penales no es un dato irrelevante (parágrafos 48 y 49).

De todo ello se colige que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional considera que, en el ejercicio de sus funciones públicas, los jueces pueden enfrentar críticas más duras que los ciudadanos que no ocupan cargos públicos. Además, a los abogados se les permite realizar críticas contundentes sobre las actuaciones judiciales en defensa de sus clientes e incluso en defensa de sus propios intereses. También tienen la facultad de solicitar responsabilidad gubernativa, civil o penal de los jueces por sus acciones, sin que el mero hecho de hacerlo y expresar críticas hacia la actuación de los jueces suponga una violación ilegítima de su derecho al honor.

Quinto. Aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a consideración, y partiendo del relato fáctico de la sentencia, en éste se describe que D. Carlos Antonio, Letrado del ICAV, se encontraba personado como acusación particular en las Diligencias Previas núm. 216/2013 del Juzgado de instrucción núm. 2 de Vigo, en defensa de los intereses de D. Basilio. En esa condición, presentó el día 27 marzo 2015 escrito formulando recurso de apelación en el que imputaba al Magistrado titular del juzgado un delito de prevaricación. El escrito contenía las expresiones consignadas en el antecedente de hecho único de la presente resolución.

No hay duda de que las citadas expresiones, objetivamente consideradas, no solo son desafortunadas e impropias de lo que debe ser la actuación de un Letrado ante un órgano judicial, sino, además, innecesarias y objetivamente ofensivas, pudiendo incluso rebasar los límites a la libertad de expresión.

Ello no obstante, tales expresiones se enmarcan en el seno de un procedimiento en el que el Letrado mostraba su desacuerdo con la forma en que se había llevado la instrucción, que el hoy acusado calificaba de prospectiva y parcial, y que había llevado al dictado de la resolución que recurría, la que se consideraba manifiestamente injusta. Además, en su escrito, el Letrado terminaba solicitando la deducción de testimonio por si los hechos fuesen constitutivos de diferentes delitos, incluido el de prevaricación judicial.

No se trata en este momento de determinar si las expresiones proferidas deben ser acreedoras de reproche o sanción, sino únicamente si aquellas pueden sustentar una condena penal.

Para ello ha de atenderse a las circunstancias que concurren en el caso concreto, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en el anterior fundamento de derecho.

De esta forma nos encontramos con que:

1. El sujeto activo era un Letrado que defendía los intereses de sus representados que ejercían la Acusación Particular en una causa penal. Recordemos aquí la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional que consagra la singular protección que debe experimentar la libertad de expresión de los abogados, especialmente inmune a restricciones, y el carácter excepcional del castigo penal por expresiones vertidas por aquellos en el ejercicio de su labor profesional.
2. El sujeto pasivo era un Juez que, como afirma el TEDH, forma parte de una institución fundamental del Estado, y, como tal, está sujeto a unos límites más amplios de crítica aceptable que los ciudadanos ordinarios.

3. Las expresiones se vertieron en un único escrito formulando recurso dentro de un procedimiento penal. Su contenido no trascendió a terceros. Únicamente tuvieron acceso al mismo el Tribunal y las partes del proceso.

4. En el citado escrito, entre otros pedimentos, se solicitaba la deducción de testimonio por si los hechos fueran constitutivos de diferentes delitos, entre ellos, de prevaricación judicial.

5. Aun cuando el recurrente ha sido finalmente condenado a una pena de multa, ésta lleva aparejada responsabilidad personal subsidiaria, lo que puede llevar finalmente a una privación de libertad.

En definitiva, ponderando todas aquellas circunstancias y conforme a la doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, debemos concluir estimando que concurren como causa de justificación el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE) del abogado en el ámbito del ejercicio forense del derecho de defensa (art. 24.2). Procede en consecuencia la estimación del recurso.

(STS 73/2024, 25 de enero)

ARTÍCULO 183 BIS CP

Abusos sexuales a menores de 16 años: consentimiento libre del menor de 16 años y autor persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez: estadios de desarrollo y madurez altamente diferenciados entre la víctima, niña de 13 años, sin experiencia sexual previa hasta el punto de quedarse en shock cuando fue penetrada por el acusado, al no sentirse preparada para dicha práctica, y el acusado, de 20 años

Compartimos las valoraciones ofrecidas por el Tribunal Superior para descartar la aplicación del entonces vigente artículo 183 quáter CP.

Dicha cláusula –al igual que la hoy prevista en el artículo 183 bis CP– responde a la previsión contenida en el artículo 8.1 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, en la que se previene que « quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4, será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no

impliquen abusos». Lo que coliga con el considerando 20 de la misma, en el que se precisan los fines político-criminales del Derecho de la Unión excluyendo «las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación» –*vid.* en el mismo sentido, Memorando del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007–.

Es en este contexto de intervención desde el que debe ser interpretado el alcance del artículo 183 bis CP (antiguo artículo 183 quáter).

7. No se trata de negar toda autonomía a las personas menores de 16 años en su esfera sexual, de prescindir de su evolución madurativa y del propio descubrimiento de la dimensión sexual de las relaciones personales. Sino de asegurarse que, atendido el contexto relacional, el consentimiento, al que se refiere el tipo del artículo 183 bis CP, de la persona menor de 16 años que excluye la responsabilidad penal de la persona con la que mantenga relaciones sexuales es, en efecto, libre. Que se neutraliza todo riesgo de abuso, derivado precisamente del aprovechamiento del victimario de la edad para obtener el resultado de cosificación sexual buscado.

8. El valor legitimante del consentimiento de la persona menor de 16 años que se contempla en el artículo 183 bis CP reside, sobre todo, en que la persona con la que mantenga la relación sexual, por sus circunstancias vitales de edad, grado de desarrollo y madurez, participa de parámetros valorativos similares, de experiencias evolutivas comunes. Excluyéndose todo atisbo de superioridad emocional o situacional que comprometa, hasta desfigurarla, reducirla o anularla, la libertad de consentimiento de la persona menor de 16 años.

9. El aseguramiento de los irrenunciables fines de protección del derecho a la indemnidad sexual de las personas menores de 16 años, como una manifestación específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad que se garantiza en el artículo 10 CE, obliga, como lógica consecuencia, a una interpretación rigurosa de los presupuestos aplicativos del artículo 183 quáter CP.

Muy en especial de la necesaria correlación cumulativa entre edad, desarrollo y madurez de la persona menor de 16 años con quien, mayor de esa edad, mantenga relaciones sexuales.

La fenomenología del abuso infantil identifica que, precisamente, la asimetría de edad constituye un factor decisivo que impide el ejercicio por parte del menor de una libre decisión y la conformación de una actividad sexual compartida con plena autonomía.

Es cierto, no obstante, que en nuestro sistema penal no se fija una franja de edad en la que deba operar la cláusula de exclusión de la tipicidad del artículo 183 quáter CP –*vid.* al respecto, la regulación del Código Penal francés, introducida por la Ley 2021-478, de 21 de abril de 2021, en la que se establece en el artículo 222.31 que «constituye igualmente violación todo acto de penetración... cometido por un mayor sobre un menor de quince años o cometido sobre el mayor por el menor cuando la diferencia de edad entre el mayor y el menor es de, al menos, cinco años»–. Pero es obvio que las referencias al grado de desarrollo y madurez contenidas en el tipo obliga a una evaluación relacional, tomando en cuenta las respectivas experiencias vitales.

10. En particular, la expresa mención a «desarrollo» que se contiene en el tipo sugiere con claridad la necesidad de aplicar una perspectiva evolutiva en el análisis que debe llevarse a cabo.

Como es sabido, la categoría «desarrollo» viene integrada por tres variables: el crecimiento, la maduración y el aprendizaje.

El crecimiento significa el aumento de los elementos constitutivos de la personalidad, especialmente en su aspecto físico, la adición de algunos elementos más perfeccionados dentro del esquema general de desarrollo y de la progresión físicobiológica.

La maduración identifica la capacidad adaptativa en términos graduales a nuevos modos y exigencias de acción y a los nuevos objetivos derivados del crecimiento que culmina con la edad adulta. Proceso de desarrollo que viene también configurado por el aprendizaje que implica la evolución del reflejo condicionado al pensamiento y que transcurre junto al proceso de maduración, marcado de manera individual por numerosas condiciones ambientales.

Pues bien, a la hora de evaluar la proximidad madurativa a los efectos del artículo 183 bis CP no puede prescindirse del desarrollo de cada una de las personas y de sus propias etapas de crecimiento que suscitan los nuevos objetivos adaptativos. Solo en condiciones de desarrollo próximas puede medirse relacionalmente el grado de madurez que presenta cada una de las personas concernidas.

11. La sentencia recurrida no cuestiona que el recurrente tuviera rasgos de inmadurez emocional, pero es obvio que ello no significa que su nivel se equipare al nivel de madurez personal y sexual de una niña de apenas trece años, aunque esta, incluso, a la luz de su desarro-

llo, pueda considerarse madura. Insistimos, para comparar y equiparar niveles de madurez no puede prescindirse de los respectivos grados de desarrollo alcanzados.

12. En el caso, las experiencias vitales de uno y otro, además de una ya significativa distancia cronológica, sugieren un muy claro diferencial en los respectivos desarrollos socio-personales que aleja toda expectativa de proximidad madurativa a los efectos de la cláusula de atipicidad invocada.

En efecto, los hechos que se declaran probados suministran sugerentes datos para poder concluir, con rigor, estadios de desarrollo y madurez altamente diferenciados entre Azucena –una niña que acababa de cumplir trece años, que estudiaba 1.º de la ESO, sin experiencia sexual previa hasta el punto de quedarse en shock cuando fue penetrada por el hoy recurrente, al no sentirse preparada para dicha práctica– y el hoy recurrente, de veinte años y ocho meses de edad, que trabajaba de barbero y que, tal como consta en los hechos declarados probados, había tenido problemas con la justicia, constándole una condena como autor de un delito de robo con violencia por sentencia de 14 de noviembre de 2018.

No creemos que, en este caso, la menor, de apenas trece años, pudiera ejercer plenamente su autonomía personal y sexual frente a una persona de casi veintiuno, que trabajaba y había tenido experiencias muy alejadas del contexto escolar, de niñez, en el que se desenvolvía aquella con la que decidió entablar una relación personal y sexual –*vid.* SSTS 946/2016, de 15 de diciembre; 1001/2016, de 18 de enero; 798/2022, de 5 de octubre–.

13. No nos cabe duda de que los elementos personales, sociales y relacionales indican con toda claridad una marcada asimetría evolutiva entre Azucena y el hoy recurrente. Lo que, en lógica consecuencia, excluye todo atisbo de consentimiento legitimador en el mantenimiento de las relaciones sexuales que se describen, impidiendo, por tanto, la entrada en juego a la cláusula de atipicidad del artículo 183 quáter CP (vigente artículo 183 bis CP).

14. Lo anterior no empece una llamada general tanto al esfuerzo probatorio sobre la concurrencia de los presupuestos aplicativos de la cláusula del artículo 183 bis CP como a su adecuada valoración por parte de los tribunales conforme a parámetros técnicos rigurosos y respetuosa, en todo caso, con las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia.

(STS 85/2024, 26 de enero)

ARTÍCULO 239 CP

Uso de llaves falsas. Empleada del hogar con el deseo de enriquecimiento personal y valiéndose de la relación de confianza que su trabajo le deparaba, cuando trabajaba en el domicilio donde estaba contratada se hizo con la llave maestra de la caja fuerte de dicha vivienda y en varias ocasiones, sin conocimiento ni consentimiento de la titular del domicilio, usó esa llave para abrir la caja y extraer diversas cantidades en efectivo que hizo propias

El apartado 2 del artículo 239 del Código Penal considera llaves falsas: «Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal».

Nuestra jurisprudencia ha interpretado este precepto, por ejemplo, en la STS 16/2021, de 14 de enero, declarando que el uso de llaves falsas es un caso de robo porque «la utilización del ardid engañoso empleado por el acusado, característico del delito de estafa, le permitió hacerse, de manera subrepticia, con una copia de la llave, con la que accedió a la habitación, no ya sin autorización, sino en contra de la voluntad de sus titulares, venciendo así el obstáculo que estos habían puesto para acceder a sus bienes, en definitiva, empleando una de las variables que, dentro de ese concepto normativo de fuerza típica; se contemplan en el artículo 237, 238.4° y 239.2 CP».

Para el cumplimiento de los fines propios del Derecho penal, el legislador hace una enumeración de llaves falsas que abraza, incluso, a la llave legítima siempre que haya sido sustraída al propietario. Y esta Sala se ha ocupado de la cuestión en Sentencias múltiples *(v.gr.* de 15 de julio de 1988, 6 de marzo, 3 de julio, 15 de septiembre y 23 de diciembre de 1989) perfilando, a través de ellas, un concepto preciso de llave falsa, en particular de la considerada tal por el n° 2 del artículo 510, es decir, de la llave legítima sustraída al propietario. Y estima que hay que considerar como «sustraída» la llave legítima que llega a poder del agente por robo, hurto, retención indebida, acción engañosa o, en definitiva, por un medio que constituya infracción penal. Con carácter más general en alguna de las Sentencias citadas se afirma que lo que caracteriza, el concepto de llave falsa es la falta de autorización del propietario para su utilización ilegítima. Ese es el límite que no es dable traspasar, si no es a costa de interpretar extensivamente el precepto.

Esta línea interpretativa no solo se ha venido siguiendo de manera reiterada en otras sentencias posteriores, sino que ha tenido su reflejo en el Código Penal vigente, en el que, como se puede leer en su Expo-

sición de Motivos, a la hora de su elaboración, se tuvo muy presente, entre otras fuentes, «el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica», siendo una muestra de ello el vigente artículo 239.2°, donde se recoge un concepto de llave falsa, adaptado a la jurisprudencia, al considerarse como tal «las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal», con que aquel término, «sustraídas», viene a dejar su lugar a otro más amplio, «infracción penal», de manera, que, así, tiene cabida dentro del concepto de llave falsa no solo las conseguidas mediante sustracciones características de un robo o hurto previos, sino también mediante otros apoderamientos, como, por ejemplo, los que se consiguen valiéndose de artificios propios de una defraudación.

En la STS 1313/2001, de 25 de junio, el supuesto examinado hacía referencia a un acusado que, sin conocimiento de su padre, se apoderó de las llaves que este último poseía de la vivienda de un vecino, que se las entregaba cuando se ausentaba, y entró en la vivienda, sustrayendo varios efectos. Tal resolución judicial estimó correcta la calificación de uso de llaves falsas, ya que «encaja sin duda en un caso de llaves legítimas obtenidas por un medio que constituya infracción penal, aunque sea al nivel de falta, al apoderarse de un bien mueble ajeno perteneciente a otra persona sin su autorización».

En el caso de la STS de 10 de noviembre de 1992, la acusada trabajaba como empleada de hogar y, aprovechando que en numerosas ocasiones se encontraba sola en el interior del domicilio, logró encontrar la llave y la combinación de la caja fuerte, que se hallaban ocultas en el hueco existente en la mesilla de noche del dormitorio principal, entre el cajón y el mueble propiamente dicho, apoderándose de diversas cantidades de dinero.

En esta ocasión este Sala Casacional calificó este supuesto como robo, ya que lo decisivo es que «la llave del propietario llegue a la esfera de poder y disponibilidad del autor a través de una falta de autorización del propietario».

En la STS de 18 de mayo de 1993 (Recurso de Casación 3591/1991), se resuelve el siguiente supuesto de hecho: El autor del delito accede a un Juzgado por medio de una llave que se hallaban colgada detrás de la puerta del vestíbulo principal y se hace con la llave de la caja de caudales, que se encontraba en el fondo de un cajón de la mesa del Sr. Secretario.

Se mantiene la condena por delito de robo por considerar que «... en el caso de autos es claro que tanto la caja de caudales como el archivo fueron abiertos con unas llaves obtenidas de un modo ilegítimo, tomándolas del lugar donde las mantenía ocultas su propietario

o detentador y contra la voluntad tácitamente expresada del mismo, quien al guardar así las llaves lo hacía en forma que indudablemente pretendía excluir a terceros del acceso a ellas. Y como ya señalaron las sentencias de 27 de mayo de 1985 y 14 de diciembre. de 1992, junto con las demás en ellas citadas, debe entenderse como «propietario» a todo tenedor legítimo de la llave y como «sustracción» toda obtención de tal llave tomándola del lugar donde habitualmente la guarda o esconde su normal usuario, sea tal lugar encontrado tras una previa búsqueda, sea conocido previamente del sustractor por circunstancias de vigilancia previa o de aprovechamiento de una situación de confianza. Lo esencial para considerar ilegítima una llave es su obtención burlando el mecanismo u obstáculo que el propietario o titular de la misma ha puesto para que únicamente él y no un tercero pueda acceder a ella. Lo que se da en el hecho de autos, en el que el acusado hubo de rebuscar las llaves y obtenerla del lugar donde las ocultaba y guardaba su tenedor legítimo, con propósito de que otros no accedieran a las mismas».

STS 761/2014, de 12 de noviembre: [FJ 8.º] «... Entendemos que realmente los mismos integran un delito de robo. Los acusados se apropiaron del dinero ajeno que no estaba a su disposición, con ánimo de hacerlo propio. Y ese apoderamiento se produjo, no ya sin la voluntad de su dueño, sino incluso contra la misma, en cuanto que hubieron de vencer las medidas de protección que aquél adoptó al guardarlo bajo llave. Llave que (...) recuperaron subrepticiamente, cogiéndola del bolso de Mercedes, que la tenía porque aquellos se la habían entregado».

Así pues, a modo de resumen, y en el caso enjuiciado en tal resolución judicial «la utilización del ardid engañoso empleado por el acusado (...) le permitió hacerse, de manera subrepticia, con una copia de la llave, con la que accedió a la habitación, no ya sin autorización, sino en contra de la voluntad de sus titulares, venciendo así el obstáculo que estos habían puesto para acceder a sus bienes, en definitiva, empleando una de las variables que, dentro de ese concepto normativo de fuerza típica, se contemplan en el artículo 237, 238.4.º y 239.2 CP».

Cuarto. En igual sentido la doctrina de las Audiencias Provinciales.

Invocamos a tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1.ª), de fecha 29 de mayo de 2000. Esta sentencia contiene el siguiente relato de hechos probados: «Se considera probado y así se declara que la acusada, desde el mes de enero de 1998 venía desempeñando su trabajo como empleada de hogar en el domicilio del matrimonio formado por..., permaneciendo sola en el mismo y con plena libertad de movimiento por todas sus dependencias desde las 10 a las 20 loras, salvo en la hora de la comida.

En dicha vivienda había una caja metálica cerrada con llave en la que el matrimonio guardaba dinero para gastos ordinarios.

Dicha caja a su vez se encontraba en el interior de una cómoda del dormitorio del matrimonio, también cerrada con llave, guardando Rebeca ambas llaves en una cartera dentro de otro cajón del citado mueble.

Como quiera que, en los primeros días del mes de junio de 1998, en dicha caja de caudales se guardaban cantidades dinerarias superiores a las habituales, Rebeca procedió a ocultar las llaves citadas bajo el colchón de la cama del dormitorio.

Ello no pudo impedir que fuesen halladas por Salvadora al hacer la cama y dar vuelta al referido colchón, procediendo ésta, el día 4 de junio a utilizarlas para abrir el mueble y la caja de caudales y apoderarse en esa ocasión de 200.000 ptas., parte del dinero que en ese momento había en la caja y que había sido contado un día o dos días antes por Rebeca y Estanislao, dejando las llaves utilizadas nuevamente bajo el colchón».

Se condenó a la acusada como autora de un delito de robo con fuerza en las cosas, previsto y penado en los arts. 237, 238.4, 239.2 y 240 del CP, y se afirma que «lo decisivo es, conforme a reiteradísima doctrina jurisprudencial del TS, que la llave del propietario llegue a la esfera de poder y disponibilidad del autor a través de una falta de autorización del propietario».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 2.ª), n° 397/2020, de 18 de diciembre, dictada en el Recurso de Apelación n° 132/2020, en tal resolución judicial se aceptó íntegramente el hecho probado de la sentencia de 25 de marzo de 2020, del Juzgado de lo Penal n° 4 de Palma de Mallorca, que declaró:

«Probado y así se declara que la acusada... trabajaba como empleada de hogar, en el domicilio..., propiedad de Ana, con una antigüedad de 14 años aproximadamente, realizando su jornada laboral a solas, en el citado domicilio, dado que la propietaria trabajaba en una inmobiliaria. Por tal motivo, disponía de las llaves de la vivienda y tenía pleno acceso a todas las dependencias de la casa y, por ello, sabía que la Sra. Ana tenía dos cajas fuertes en las que guardaba dinero en efectivo.

Dichas cajas se abrían con sendas llaves sin necesidad de combinación. Una de las cajas estaba ubicada en la zona del salón, oculta detrás de los libros del mueble–librería, y la otra estaba en la planta baja, en una habitación– trastero, en la parte inferior de un armario empotrado. La acusada también sabía que las llaves se guardan juntas en el interior de un cajón de un mueble situado en el recibidor. Aprovechando todas estas circunstancias, en fecha no concretada, pero en todo caso entre principios del año de 2017 y el 11 de septiembre del

mismo año, la acusada, actuando movida con el ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, haciendo uso de las llaves sin el consentimiento ni el conocimiento de la propietaria, accedió al contenido de las cajas fuertes y sustrajo la cantidad total de 43.000 pts., que la Sra. Ana tenía repartidas entre las dos».

La Sala de apelación confirmó la condena por delito de robo con fuerza previsto en los artículos 237, 238.4, 239.2 y 241, al considerar que «ha quedado probado el elemento típico que diferencia el hurto del robo con fuerza, en este caso, el uso de llaves falsas, considerándose como tales las obtenidas por un medio que constituya infracción penal».

En definitiva, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, el hecho declarado probado por el Juzgado de lo Penal n° 13 de Barcelona, y aceptado en su integridad por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial, es constitutivo de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas mediante el uso de llaves falsas previsto y penado en los arts. 237, 238.4 y 239.2 del CP, al encajar sin duda en un caso de uso de llaves legítimas obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

Quinto. En nuestro caso, la acusada se «hizo» con unas llaves que no estaban a su disposición, y ello con el objeto de abrir la caja de caudales y hacerse en diversas ocasiones con el dinero en metálico que allí encontrase. La cuestión reside en considerar este hecho de hacerse con la llave para tal finalidad como un hurto punible en el Código Penal, o no. De serlo, la calificación de llave falsa es consecuencia de la interpretación que resulta del artículo 239.2 del Código Penal, en este caso como llave legítima obtenida por un medio que constituye infracción penal. La ajenidad de las llaves no se ha discutido por nadie. El ánimo de lucro, tampoco: el ánimo de lucro abarca, según nuestra jurisprudencia, cualquier ventaja evaluable económicamente que pretenda el autor. Ese ánimo de lucro supone el hacerse con la llave para la finalidad expresada. Y tal ánimo de lucro supone la intención del agente de hacerse con el objeto hurtado con la finalidad de incorporarlo a su patrimonio, pero sin que sea necesario, desde luego, tal pertenencia dominical lo sea con una predeterminada extensión temporal (basta por mucho o por poco tiempo). En suma, no forma parte de la propiedad una especie de dominio a perpetuidad, las cosas nos pertenecen y hacemos uso de ellas por más o menos espacio temporal, pero ello no nos priva de su atribución dominical. Quien compra un helado, y a continuación lo consume, el helado es suyo, nadie podría mantener que guarda con él una relación de uso, ajena a la propiedad, aunque tal relación de propiedad fuera ciertamente efímera. Es más, el concepto de lucro en el hurto es tan amplio que

podría comprender el hecho de que la acusada se hubiera «hecho» con una joya de la caja fuerte para lucirla en una fiesta y devolverla más adelante, sin que pudiera considerar que tal apropiación temporal no constituyese un delito contra la propiedad, sino una atípica modalidad de hurto de uso. Con otras palabras, quebranta la propiedad cuando el sujeto obtiene ilícitamente el objeto, sin perjuicio de que pueda devolverse más adelante, pues tal delito estaría ya consumado, y tales avatares conformarían aspectos intranscendentes para el derecho penal en sede de agotamiento de delito y responsabilidad civil. En suma, la fugaz apropiación de un objeto con ánimo de lucro supone ya la consumación de un delito patrimonial de hurto o de robo, sin que nuestro Código Penal exija una pertenencia determinada en el tiempo mientras no se desborden cualquier tipo de barreras temporales, que son innecesarias para su consumación.

Ese el sentido de la expresión llaves legítimas sustraídas al propietario, pues el Código Penal lo acuña pensando en que con tales llaves se va abrir el objeto protegido por las mismas, desde luego tomando este hecho como algo instrumental para acceder al lugar donde se encuentre el objeto apropiado por el autor, bien sea en un bien mueble (una caja de caudales, por ejemplo) o en uno inmueble (un piso, por ejemplo), pues la instrumentalidad de las llaves supone usarlas para allanar tal resorte defensivo (la cerradura), pero ello no impide el propio hurto de las llaves, pues la ley penal lo único que exige es incorporarlas al patrimonio del autor para consumar tan ilegítima apropiación, bastando que con este hecho sean instrumentalmente utilizables para abrir y acceder al lugar protegido, lo que satisface las exigencias de nuestro texto legal, en el artículo 239.2 del Código Penal, cuando requiere que las llaves se obtengan «por un medio que constituya infracción penal».

En suma, nuestra jurisprudencia utiliza un concepto amplio de «infracción penal» para la interpretación de lo que es uso de llave falsa, de manera que tiene cabida dentro de tal concepto, no solamente las conseguidas mediante sustracciones características de un robo o hurto previos, sino también mediante otros apoderamientos, como, por ejemplo, los que se consiguen valiéndose de artificios propios de una defraudación.

Lo decisivo, pues, conforme a una reiteradísima doctrina jurisprudencial, es que la llave usada para abrir el mecanismo de protección del objeto robado, llegue a la esfera de poder y disponibilidad del autor a través de un modo que entrañe falta de autorización del propietario.

En consecuencia, como doctrina de esta Sentencia de Pleno consignamos la siguiente: «La apropiación de unas llaves que no están a disposición del autor y que serán utilizadas para abrir subrepticia-

mente una caja de caudales, supone su obtención por un medio que constituye infracción penal, a los efectos de ser consideradas llaves falsas conforme al artículo 239.2 del Código Penal».

Por lo demás, es obvio que para acceder al lugar donde se encuentra el dinero, esto es, la caja de caudales, hay que fracturarla, o bien emplear el medio de protección constituido por la llave que permite su apertura. Y tanto se trate de una cámara acorazada como una caja de seguridad empotrada en la pared.

Conforme a esta doctrina, el recurso de casación del Ministerio Fiscal será estimado y será rehabilitada la pena decretada por el Juzgado de lo Penal.

(STS 266/2024, 18 de marzo)

ARTÍCULO 268 CP

Excusa absolutoria entre parientes: está fundada en razones de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268 CP porque ello provoca una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar; la excusa absolutoria del artículo 268 CP incluye dentro del término cónyuges, a las relaciones estables de pareja asimilables a la relación matrimonial, a los efectos de aplicar la excusa absolutoria; la excusa absolutoria entre parientes debe acordarse en sentencia y determinar si ha existido el delito para su aplicación y consecuentemente declarar en su caso la responsabilidad civil

Analizaremos el segundo pedimento del recurso, la excusa absolutoria. Este instituto participa de la consideración de una opción del legislador penal por la que entiende que, en aquellas situaciones respecto a las cuales se haya podido constatar la existencia de un delito, se excluye la consecuencia jurídica que correspondería al delito para determinadas personas, bajo determinadas circunstancias. No supone una negación del carácter delictivo de los hechos, sino de la pena que fuera procedente, en función de una situación y unas circunstancias peculiares que hacen que el Estado renuncie al ejercicio del *ius puniendi*, pese a la constatación del carácter delictivo del hecho. Se fundamenta en razones de política criminal, en la no necesidad, o la inconveniencia, de que intervenga el derecho penal, sin perjuicio del carácter delictivo del hecho.

Así lo hemos declarado en Sentencias de esta Sala, de la que destacamos las Sentencias 11/2023 (sic), de 15 de febrero y la n.º 928/2021, de 26 de noviembre, que recogen distintos pronunciamientos de esta Sala en los cuales se afirma la naturaleza delictiva del hecho, eximiendo de pena, y manteniendo la responsabilidad civil derivada desea (sic) actuar considerado como hecho delictivo.

En ella recordábamos la STS 618/2010, 23 de junio (con cita en las SSTS 91/2006, de 30 enero y 334/2003, 5 de marzo) que reflejaba que «la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del artículo 268 del vigente CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad».

Recordábamos también que esta Sala ha admitido la posibilidad de que la excusa absolutoria produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia, mediante la oportuna resolución de sobreseimiento al amparo del artículo 637.3 de la LECrim, siempre que estén acreditados suficientemente los presupuestos básicos que requiere la aplicación de aquella (STS 91/2006, de 30 de enero), y una vez acordada la absolución por el delito contenido en la acusación, no es posible un pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil que se hubiera derivado del mismo, debiendo acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento que fuera procedente (SSTS 172/2005, de 14 de febrero, o 430/2008, de 25 de junio). De modo que la exención de responsabilidad penal, cuando sus presupuestos fácticos estén claramente establecidos y no resulten razonablemente cuestionados, no autoriza a la prosecución del proceso penal con la única finalidad de establecer la responsabilidad civil, salvo en los casos expresamente contemplados en la ley (en igual sentido la STS 1288/2005, de 28 de octubre).

No obstante ello, en la sentencia que nos sirve de referencia resaltábamos que no faltan precedentes que admiten la declaración de responsabilidad civil una vez que el Tribunal ha procedido a establecer unos hechos determinados y aplica luego la excusa para absolver al acusado.

Así, hacíamos mención a la STS 361/2007, de 24 de abril, recordó que el artículo 268 del Código Penal establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos, pues el precepto detalla que « están exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil...», tratándose de una afirmación normativa que puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a que, una vez apreciada la excusa y declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil mientras no se haya producido una renuncia o reserva de la acción civil.

También a la STS 198/2007, de 5 de marzo, ratificando doctrina anterior de la STS 719/1992, 6 de abril, que subrayaba «...lo mismo si se considera a la llamada «excusa absolutoria» como excusa «personal» que libera de pena, consecuencia y no componente del tipo delictivo, como lo entienden las SSTS de 23 de junio de 1972 y 10 de mayo de 1988, como si se conceptúa a la «punibilidad» como elemento esencial e integrante de la infracción... ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil... según lo prevenido en el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existe datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil, como dice la Sentencia antes citada, de 10 de mayo de 1988».

Una doctrina jurisprudencial que resaltamos que encuentra inspiración en consideraciones legales sobre la adecuada protección de la víctima y en argumentos de economía procesal, pues (como reconoce la STS 618/2010, de 23 de junio), la aparente contradicción entre ambas afirmaciones encontraría una explicación razonable en que, en algunos supuestos, se presenta la necesidad de practicar la prueba en el juicio oral para establecer de forma terminante la concurrencia de los presupuestos fácticos de la excusa absolutoria –e incluso la existencia del delito, la autoría y la extensión de la propia responsabilidad civil– y, además, la conveniencia de no repetir un proceso que, en sus extremos más trascendentales, entre los que se encuentran los aspectos civiles, ya

se había desarrollado en su integridad, con respeto a los derechos de todos los afectados.

A la sentencia que conduce la reflexión anterior, se han añadido muchas otras.

La STS 851/2016, de 11 de noviembre, indica que «resulta evidente que para poder aplicar la excusa absolutoria de referencia, antes se precisa mediante el seguimiento del proceso debido en todas sus fases, el desarrollo de una prueba que justifique la existencia del delito imputado y, a pesar de ello, la extinción de la derivada y correspondiente responsabilidad penal, con declaración e inclusión en el fallo de la subsistente responsabilidad civil».

La STS 63/2018, de 12 de diciembre, precisa que «si concurriera la excusa absolutoria, podría llevarse a cabo pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil. Otra cosa es que se hubiere dictado sentencia absolutoria, sin la aplicación de la excusa absolutoria».

La STS 436/2018, de 28 de septiembre, subrayaba que «entre los parámetros de actuación para la aplicación de la excusa absolutoria, está que no quede excluida la responsabilidad civil, la cual puede ser reconocida en la sentencia penal que haya recogido la excusa, o bien si se acepta en la fase de instrucción, dejando abierta la vía civil para ello».

Y, por su parte, la STS 669/2014, de 15 de octubre, como también la STS 616/2018, de 11 de abril, proclaman que «la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal no interfiere en lo relativo a la responsabilidad civil, porque que queden sin punición los hechos comprendidos, no los transmuta, entre los sujetos relacionados por alguna de las clases de parentesco descritas, en lícitos; las notas de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad por esa mera circunstancia parental no desaparecen, aunque se exima de penal».

En los mismos términos se pronuncian las SSTS 175/2014, de 5 de marzo o 551/2019, de 12 de noviembre.

Consecuentemente, del examen de las actuaciones resulta que existió acción por parte de la acusación pública, y también por la acusación particular con un contenido concreto de pretensión de aplicación de la excusa absolutoria, y resarcimiento indemnizatorio, por el Ministerio Fiscal, y también hemos declarado la procedencia de la acción penal referida por la acusación particular que postuló la condena por delito de apropiación indebida.

Procede en consecuencia, declarar la nulidad de las actuaciones para retrotraer la causa al inicio del juicio oral momento anterior al estudio de las cuestiones previas planteadas en el juicio para, tras la celebración del juicio resolver las pretensiones acusatorias deducidas en el juicio oral.

(STS 195/2024, 29 de febrero)

ARTÍCULO 270 CP

Delito contra la propiedad intelectual. Condena al empresario por comercializar más de tres mil bolsos falsos de la marca «Desigual». Los modelos incautados reproducían de forma no autorizada los estampados protegidos que constituyen creaciones artísticas de la marca registrada. La comercialización no autorizada de productos que incorporen obras plásticas inscritas por un tercero en el Registro de la Propiedad Intelectual que se han aplicado a un producto útil –bolso, monedero, camiseta, etc.– es una conducta enmarcable dentro del delito contra la propiedad intelectual

Razona la defensa de la entidad recurrente que el motivo que da vida a la presente queja sólo suscita una cuestión jurídica, esto es, si la comercialización no autorizada de productos que incorporen obras plásticas inscritas por un tercero en el Registro de la Propiedad Intelectual que se han aplicado a un producto útil –bolso, monedero, camiseta, etc.– es una conducta enmarcable dentro del delito contra la propiedad intelectual (art. 270 CP); o si por el contrario, dicha conducta no puede tipificarse con arreglo a ese precepto.

La cuestión suscitada es verdaderamente controvertida, hasta el punto de que, como se razona en el desarrollo del motivo, las distintas Audiencias Provinciales –incluso distintas Secciones de una misma Audiencia– vienen ofreciendo respuestas contradictorias.

Sigue razonando la defensa –con encomiable rigor casacional– que es constatable una línea interpretativa, seguida por la sentencia que es objeto del presente recurso, que entiende que el artículo 270 del CP protege a la obra artística considerada como una individualidad y no la utilización de la misma por un tercero como parte de un producto destinado a la explotación comercial, por ejemplo, un bolso o un monedero. De ahí que, supuestos como el que nos ocupa, deben quedar extramuros de la protección penal. Frente a este criterio, no faltan otros pronunciamientos jurisdiccionales que defienden que el acto consistente en comercializar productos que incorporen obras plásticas de terceros sí es subsumible en el ámbito objetivo del artículo 270 del CP, aunque esas obras plásticas se hayan aplicado a un producto útil. Es más, esta última línea argumental –que en resumen se centra en otorgar protección por derechos de autor a las obras plásticas aplicadas a productos útiles, como productos textiles– también ha sido seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el conocido caso Cofemel (Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17).

La sentencia recurrida –aduce la defensa– fundamenta la absolución del acusado Jaime, con apoyo de la doctrina dictada por distintas Audiencias, conforme a la cual «...el objeto de protección del delito del artículo 270 CP es la obra artística considerada como individualidad, no la utilización de la misma como parte de un producto destinado a su explotación comercial como individualidad distinta y en el que la obra artística puede insertarse como elemento diferenciador o identificativo. En consecuencia, al igual que la conclusión que alcanzan en las resoluciones aludidas, con la exposición al público para su venta de los productos intervenidos no se estaba llevando a cabo la explotación económica de la obra artística, sino la venta de unos objetos de similares características a los comercializados por una marca».

Con cita de los arts. 270 del CP y 10.1.e) de la Ley de Propiedad Intelectual, sostiene el recurrente que «... parece incuestionable que dentro del ámbito de protección de las obras a las que se refiere el artículo 270 CP deben entenderse incluidas las obras plásticas aplicadas a un producto. Es decir, la conclusión de la Sentencia que ahora se recurre (y la seguida por las distintas Sentencias citadas en la misma), referida a que una obra cuando se aplica a un producto para su comercialización «pierde su individualidad», y por tanto su reproducción por un tercero no autorizado, no entraría dentro del ámbito de protección del artículo 270 es totalmente errónea y colisiona frontalmente con la literalidad de lo dispuesto en el artículo 270 CP».

La sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17, entiende la defensa, respaldaría la tesis que abandera el presente recurso que, además, cuenta con el apoyo de las resoluciones dictadas en similar sentido por distintas Audiencias Provinciales.

El motivo tiene que ser estimado.

2.2 El artículo 270 del CP castiga a quien «...con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios».

El artículo 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que son «objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...». Y el apartado e) de ese mismo artículo incluye en la enumeración *ad exemplum* que incorpora: «las

esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas».

Por consiguiente, la comercialización no autorizada de una obra plástica estaría comprendida en el ámbito de protección que el artículo 270 del CP otorga al creador de toda obra artística.

2.2.1 En el concepto de obra plástica la dogmática diferencia, en función de su propia morfología y de la funcionalidad para la que son creadas, distintas realidades. De un lado, lo que pueden considerarse obras plásticas genuinamente artísticas, esto es, obras de arte concebidas y dedicadas exclusivamente a ser contempladas y, en su caso, reproducidas en un único ejemplar o en ejemplares limitados. Son, por tanto, obras destinadas a incorporarse al patrimonio cultural de una sociedad.

De otra parte, aquellas obras que añaden a un diseño creativo y artístico la singularidad de tener como destino el ser incorporadas a objetos industriales con el fin de aumentar su valor estético y comercial. Por último, los diseños propiamente dichos, que no son sino creaciones de forma de carácter estético que hacen los productos más atractivos para el consumidor, pero que carecen del nivel artístico que es propio de los otros dos tipos de obras.

La protección jurídica de cada una de estas realidades creativas se articula a través de distintos sistemas, en función de la posible convergencia entre los derechos inherentes a la propiedad intelectual o industrial –sistemas de no acumulación, acumulación absoluta y acumulación restringida–. Cada uno de ellos dispensa al creador un grado de tutela de distinta intensidad y repercute en temas de especial importancia como la obligatoriedad o no del registro y la duración de la protección.

En el presente caso, sin embargo, más allá del debate académico sobre la intensidad de los mecanismos tuitivos que merezca cada una de las obras plásticas, el grado de protección ya había sido decidido por el titular de los derechos de explotación. Según se describe en el hecho probado, se trataba de los estampados que constituyen creaciones artísticas de la marca registrada «DESIGUAL», siendo titular de los derechos de explotación de propiedad intelectual la entidad mercantil «ZY SL». En la entrada y registro practicado en el establecimiento YY, sito en calle 001 de Manises, fueron hallados 3.746 bolsos cuyos diseños eran imitación de los diseños originales inscritos en el Registro de la Propiedad Intelectual de Madrid con asiento registral 16/2015/6654 concedido en fecha 02.11.2015. En consecuencia, la originalidad, capacidad de innovación y la exclusividad de esos estam-

pados había sido ya reconocida a través de una inscripción en los asientos del Registro de la Propiedad Intelectual que, desde ese mismo momento, blindaba al creador frente a utilizaciones inconsentidas de los diseños.

2.2.2 La tesis de la sentencia recurrida que ha llevado a la absolución de los acusados desprotege, con una argumentación que la Sala no comparte, las obras plásticas aplicadas, esto es, aquellas que se incorporan a un producto que después se comercializa enriqueciendo su atractivo comercial y, por tanto, su valor económico.

Esta interpretación pugna con la literalidad del artículo 270.1 del CP, en el que se castiga a quien «...en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya (...) o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra (...) artística (...) o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». El ámbito de tipicidad que describe este precepto impide considerar ajenos a la protección penal aquellos casos en los que la obra plástica protegida registralmente va más allá de la finalidad estética de su simple contemplación visual y se reproduce e incorpora a un objeto útil –en el presente caso, 3.746 bolsos– que incrementa mediante la imitación su valor económico.

La sentencia recurrida desliza la idea de que la obra plástica aplicada, en lo que tiene de diseño, sólo encontraría protección entre los derechos de la propiedad industrial. Sin embargo, la resolución que se cuestiona no se detiene en las consecuencias que se derivarían en el orden penal de esa pretendida mutación de la naturaleza del derecho que reivindica protección. El artículo 273.3 del CP también protege la exclusividad en la explotación de los dibujos industriales o artísticos. Vaya por delante que los estampados de la obra «colección desigual otoño–invierno 2015» y de la obra «colección Desigual primavera–verano 2016» a favor de ZY S. L no parecen identificables con las notas definitorias que son propias del diseño industrial. Pero, aunque lo fueran, el artículo 3.2 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que « Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con (...) los otros derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra».

2.2.3 La sentencia del TJUE 27 de enero de 2011 –Sala Segunda, C- 168/2009– dictada a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano, en el marco del litigio entre Flos Spa y Semerano Casa e Famiglia, tiene por objeto la interpretación de los artículos 17 y 19 de la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y

modelos. Son muchas las cuestiones allí abordadas, vinculadas a la protección de derechos de autor, en aquel caso, del diseño de unas lámparas, su marco temporal de duración y los efectos de la publicación de la directiva respecto de aquellos derechos que ya habían entrado en el dominio público. Pero sí resulta de interés para el tema que centra nuestra atención subrayar la respuesta del TJUE cuando afirma que es contraria a la Directiva 98/71 la normativa de un Estado miembro que excluya la protección mediante el derecho de autor a aquellos dibujos y modelos registrados en un Estado miembro cuando cumplan todos los requisitos exigidos para gozar de tal protección.

Más próxima al objeto del presente recurso de casación es la sentencia del TJUE 12 de septiembre de 2019 –Sala Tercera, C-683/2017–. Esta resolución dio respuesta a la cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Supremo de Portugal, en el conflicto Cofemel y G. Star Raw CV.

La respuesta que ofrece el TJUE subraya la necesidad de no extender más allá de lo indispensable la protección jurídica a creaciones que sólo aportan un efecto visual valorable desde una perspectiva estética. Así, considera contrario al ámbito de protección que dispensa el artículo 2.1.i) de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, una normativa nacional «... que confiera protección con arreglo a los derechos de autor a modelos como los modelos de prendas de vestir controvertidos en el litigio principal, en atención a que, más allá de su finalidad práctica, generan un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético».

Es evidente, pues, que un efecto visual más o menos atractivo y estético no puede justificar una protección exclusiva desde la perspectiva de los derechos de autor. De lo contrario –así lo entiende también esta Sala– una desmedida extensión de la tutela jurídica que confiere un derecho excluyente a su creador, implica el riesgo de convertir el artículo 10.1 e) de nuestra Ley de Propiedad Intelectual en un auténtico cajón de sastre que habilitaría solicitar protección por derechos de autor frente a creaciones que sólo aportan un efecto visual propio desde el punto de vista estético. La propia expresión «todo tipo de objetos personales» que emplea aquel precepto revela una clara voluntad legislativa de *numerus apertus*, Pero dicha expresión choca con el concepto que caracteriza la verdadera «obra artística» merecedora de protección, caracterizada por la exclusividad creativa, por una originalidad que no se puede predicar de «cualquier objeto personal».

Y la obra artística que reúne los requisitos –objetivos y subjetivos– que el propio TJUE define en los apartados 28 a 35 de la sentencia 12

de septiembre de 2019, no la que se limita a un efecto visual más o menos estético, ha de contar con la protección de los Estados.

De acuerdo con esta premisa, «... el concepto de «obra» constituye, tal como resulta de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una noción autónoma del Derecho de la Unión que debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme y que supone la concurrencia de dos elementos acumulativos. Por una parte, este concepto implica que existe un objeto original, en el sentido de que el mismo constituye una creación intelectual propia de su autor. Por otra parte, la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de julio de 2009, Infopaq International, C-5/08, EU: C:2009:465, apartados 37 y 39, y de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU: C:2018:899, apartados 33 y 35 a 37, y la jurisprudencia citada)».

Sigue razonando el TJUE que «... para que un objeto pueda considerarse original, resulta al mismo tiempo necesario y suficiente que refleje la personalidad de su autor, manifestando las decisiones libres y creativas del mismo (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de diciembre de 2011, Painer, C-145/10, EU: C:2011:798, apartados 88, 89 y 94, y de 7 de agosto de 2018, Renckhoff, C-161/17, EU: C:2018:634, apartado 14)». En cambio, cuando la realización de un objeto ha venido determinada por consideraciones técnicas, reglas u otras exigencias que no han dejado espacio al ejercicio de la libertad creativa, no puede considerarse que dicho objeto tenga la originalidad necesaria para constituir una obra (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de marzo de 2012, Football Dataco y otros, C- 604/10, EU: C:2012:115, apartado 39 y jurisprudencia citada).

A la concurrencia de una originalidad creativa ha de añadirse «... la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU: C:2018:899, apartado 40)», sin que sea suficiente para etiquetar como obra protegible la impronta subjetiva que la contemplación de esa creación puede generar en el espectador. De ahí «...la necesidad de descartar cualquier elemento de subjetividad, perjudicial para la seguridad jurídica, en el proceso de identificación del citado objeto implica que este ha de ser expresado de forma objetiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU: C:2018:899, apartado 41)».

De ahí que «... una identificación basada esencialmente en las sensaciones, intrínsecamente subjetivas, de la persona que percibe el

objeto en cuestión no cumple la exigencia requerida de precisión y objetividad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU: C:2018:899, apartado 42)».

Pues bien, cuando se dan esas circunstancias, descartada la artificiosa protección de objetos que sólo generan un efecto visual desde el punto de vista estético, la obra artística ha de «... disfrutar de protección con arreglo a los derechos de autor conforme a la Directiva 2001/29, sin que el grado de libertad creativa de que dispusiera su autor condicione el alcance de esa protección, que no es inferior al que se reconoce a cualquier obra comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer, C-145/10, EU: C:2011:798, apartados 97 a 99)».

2.2.4 A la vista de este amplio cuerpo de jurisprudencia emanada del TJUE, ninguna duda alberga la Sala de que, ateniéndonos al relato de hechos probados proclamado por el Juez de lo Penal, los imitativos estampados de la firma DESIGUAL adheridos a los bolsos distribuidos por los acusados iban mucho más allá de unos simples objetos destinados a una finalidad práctica y limitados en su diseño a generar un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético. Se trataba, por el contrario, de obras artísticas que reunían todas las condiciones exigidas para la protección penal de la creatividad intelectual, contando a su favor con la correspondiente inscripción del Registro de Propiedad Intelectual, en los términos que se concretan en el relato de hechos probados.

La vulneración de su exclusiva singularidad está expuesta y razonada en la resolución dictada en la instancia: «... expuesto el resultado de los tres informes periciales, ratificados y explicados en el acto del juicio, y observadas las fotografías y piezas de convicción, se concluye, de conformidad con lo expuesto en los tres primeros dictámenes, que en los bolsos intervenidos se reproducían total o parcialmente los diseños de Desigual de las colecciones registradas. (...) Y el hecho de que no se trate de una copia exacta no desvirtúa esta conclusión. Es obvio que existe alguna modificación en cuanto al color y tamaño, y es obvio que pueden utilizarse rosetones, mandalas y manchas de pintura como decoración en cualquier producto, pero en concreto estas manchas, rosetones o mandalas tienen tantas coincidencias que determinan que sean una copia del diseño registrado, tal y como se determina en los tres primeros informes periciales antes referidos, siendo de destacar el informe emitido por la Policía Científica, por su indiscutible objetividad y que coincide plenamente con el elaborado tanto por las representantes del departamento jurídico de protección y defensa de marca y producto del grupo de empresas Desigual como

con el elaborado por D.ª Isabel. Por lo tanto, tal y como se desprende de los referidos informes periciales, el número de coincidencias existente en los estampados permite afirmar que existe un plagio, en los términos jurisprudencialmente exigidos».

Por consiguiente, no existen razones que justifiquen la exclusión protectora que el artículo 270.1 del CP dispensa a la obra artística de la que pueda predicarse su genuina autenticidad y originalidad creativa y que, por supuesto, vaya más allá de un valor sólo atribuido a partir de la percepción subjetiva de quien la contempla.

(STS 193/2024, 29 de febrero)

ARTÍCULOS 305 Y 390 CP

Delito fiscal. «Caso papeles del Partido Popular». Ocultación de ingresos con el fin de sustraerlos de la tributación del Impuesto de Sociedades mediante pagos en negro de obras de remodelación de la sede del Partido Popular. Cooperación necesaria del tesorero del partido político y autoría de los administradores del estudio de arquitectura encargado de la obra que recibió los pagos en «b». Revisión a la baja de la cuota defraudada al no poder incluirse en lo defraudado las cantidades que habían tributado efectivamente el ejercicio siguiente, aunque por un tipo impositivo más bajo. El fraude solo comprendería ese tanto por ciento inferior, pero no el total de la cuota que, en su mayor parte, fue declarada y liquidada. Falsedad ideológica cometida por particular. Las certificaciones y facturas incompletas, con las que se daba soporte a los cobros, no son veraces. Cierto que elementos contextualmente falsarios, pues todo lo que consta es cierto, pero no consta todo lo que debiera constar, aunque es un apartamiento de la realidad parcial que no permite tildar al documento de simulado en los términos fijados por la jurisprudencia

Cuarto. Los motivos segundo a cuarto comparten temática: combaten la condena por el delito de defraudación tributaria acudiendo a argumentos de naturaleza no estrictamente penal, sino fiscal, aunque con clara e innegable trascendencia penal.

Es un lugar común recordar el carácter de norma penal en blanco del artículo 305 CP: constituye uno de los más emblemáticos ejemplos. Toda la normativa tributaria adquiere relevancia para la delimitación de sus contornos típicos. Los conceptos manejados por el artículo 305 han de perfilarse con el auxilio de las leyes tributarias (art. 7 LECrim).

Los tres motivos dan vueltas, con enfoques diferentes, al mismo punto: la imputación temporal de los ingresos.

La sentencia es fiel a lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, siguiendo lo indicado por los peritos de Hacienda (…).

Con ese prisma –que explica con detalle la fundamentación jurídica– realiza la Audiencia, la liquidación del ejercicio del año 2007, arrastrando al mismo, ingresos que la Sociedad habría llevado al ejercicio siguiente.

La práctica en la mercantil –se replica– era atender al ingreso efectivo, a la facturación. El momento del cobro determinaba el ejercicio en el que había que declarar. Eso le condujo a incluir en su declaración de 2008 unos ingresos que correspondían a certificaciones de obra giradas en 2007, y que, según la Hacienda en criterio asumido por la Audiencia, debieran haberse consignado en la declaración correspondiente a 2007. La Audiencia atribuye a ese desplazamiento un componente defraudatorio intencional: en 2008 el tipo del impuesto de sociedades fue reducido un 2,5 %. Ese dato no habría sido ajeno a esa decisión empresarial.

El motivo tercero defiende la corrección y legitimidad del criterio usado por la sociedad. En su defecto, se trataría de un tema controvertido y discutible jurídicamente y, por tanto, inidóneo para dar el salto a lo que debe entenderse por defraudar, conducta en la que no encajan las simples discrepancias en la interpretación de la norma.

El motivo segundo, muy vinculado al siguiente, enfoca la cuestión desde la perspectiva del tipo subjetivo: sea cual sea la solución que se dé a esa cuestión, la actuación fiscal de la sociedad –menos aún la del acusado– no habría estado presidida por la intención de menguar los ingresos en la hacienda como consecuencia de la rebaja del tipo impositivo. La sentencia –se queja el recurso– no realiza esfuerzo argumentativo alguno para sostener esa intencionalidad, no congruente con una indiscutida realidad: ese criterio fue mantenido constantemente por la sociedad, más allá de las coyunturas; es decir, se produjese o no algún impacto fiscal.

Por fin, el motivo cuarto se adentra en la tarea de reajustar las liquidaciones de los ejercicios anteriores (2006) y posteriores (2008) para rehacer las cuentas y tratar de demostrar que la Sociedad, en virtud de compensaciones por ingresos indebidos de esos ejercicios, adeudaría una cantidad insignificante por el ejercicio de 2007, muy inferior, desde luego, a los 120.000 euros que marcan la frontera entre el delito fiscal y la infracción administrativa, en virtud tanto de los

pagos correspondientes al impuesto de sociedades de 2008 donde se incluyeron los ingresos desplazados al 2007; como de las hipotéticas bases imponibles negativas que arrastraría del ejercicio de 2006 por el desplazamiento a ese ejercicio de gastos que habían sido computados en 2007.

Quinto. Unificaremos el análisis de los motivos segundo y tercero. Perderán casi toda relevancia desde el momento en que, asumiendo la posición del Fiscal en la instancia, que es invocada en su apoyo por el recurrente, entendemos que no ha sido correcto ignorar la declaración del IS de 2008 y los pagos efectuados en ese momento por la entidad. Limitarse a trasladar a 2007 los ingresos declarados en 2008 y sus correlativos gastos, haciendo completa abstracción de que la cuota declarada por el ejercicio de 2008, que incluía esos ingresos, fue efectivamente abonada, no es correcto. Consta así; y así lo refleja la sentencia. Si la Audiencia se resiste a introducir ese correctivo es por fútiles razones que parecen inspiradas en una, ininvocable en vía penal, prejudicialidad administrativa: ese ejercicio estaría pendiente de revisión por la AEAT.

Ciertamente. Pero eso no puede impedir al Tribunal Penal –de hecho, ese ejercicio fue investigado en la fase de instrucción– conocer de cualquiera de sus implicaciones con incidencia en el asunto sometido a su enjuiciamiento. Que puedan aparecer –lo que en la investigación penal no se ha puesto de manifiesto –impagos, o irregularidades en el ejercicio de 2008 es una hipótesis; solo una hipótesis; incluso, si se quiere, una hipótesis probable por el modo de operar de la Sociedad. Pero lo que es indubitado es que en ese ejercicio (2008) se incluyeron ciertos ingresos devengados el anterior (2007) y se tributó por ellos, bien que bajo un tipo del 30 %, y no del 32,5 %. Esos ingresos no se ocultaron. Fueron declarados fielmente. Por tanto, la defraudación ligada a ese desplazamiento temporal solo puede ascender a ese 2,5% de rebaja improcedente; pero no a todo su monto. Son ingresos declarados a Hacienda y que han tributado, bien que a un tipo inferior.

El Fiscal en la instancia, con acierto en opinión de esta Sala, consideró que ese pago debía menguar el importe de la cuota defraudada en tanto significaría materialmente una regularización.

En verdad, la regularización solo es exoneratoria si es completa (art. 305). Pero es que, respecto de ese 30% tributado, en rigor no puede hablarse propiamente de cuota defraudada.

El llamado principio de estanqueidad impositiva no puede ser trasplantado sin matizaciones –y no pocas– al derecho penal.

Cuando un plan defraudatorio supone un ahorro fiscal global por la técnica artificiosa de simular que determinados ingresos han de tributar por un concepto distinto del procedente, el importe de lo defraudado no se determina atendiendo a lo dejado de tributar por el impuesto eludido. A esa cantidad deberá restarse lo pagado indebidamente en otro concepto.

(…) En este caso, si el mecanismo defraudatorio según la sentencia consistía en llevar al ejercicio de 2008 ingresos devengados en 2007 para acogerse al tipo menos elevado (un 2,5%), lo defraudado no será la totalidad de lo debido y no declarado por IS de 2007 (aunque sí en el de 2008), sino tan solo el 2,5% de esa cifra.

Ya sea por estimar que se trata de una regularización parcial espontánea (como ha entendido el Ministerio Fiscal, aunque esta tesis tropieza con alguna dificultad legal); ya, más bien, por entender que propiamente lo defraudado viene constituido en exclusiva por el indebido ahorro que buscaba el autor, resulta artificioso decir que se ocultaron todos los ingresos de 2007, ignorando así que fueron declarados, cierto es que en el ejercicio siguiente. No es lo mismo dejar de pagar de forma definitiva 100, que dejar de pagar un ejercicio 100, para conseguir pagar solo 80 en el siguiente ejercicio. En un caso se defraudan 100; en el otro 20. No pueden ser equiparados ambos supuestos.

No es este tema nuevo en nuestra jurisprudencia, en la que, además, detectamos supuestos en que es la AEAT la que procede con toda lógica de esa forma. (…) En consecuencia y volviendo a nuestro asunto, hemos de reducir el importe que estima la Sala defraudado.

(…) En ese escenario podríamos incluso aceptar que la decisión de desplazar al ejercicio de 2008 ese volumen de ingresos fue producto de una práctica habitual e inercial, no conforme con la normativa pero, concedamos, que, en alguna medida era argumentable, y no el resultado de una estrategia coyuntural encaminada a aminorar en un 2,5 % la cuota debida. Aunque –insistiremos–, ese dato no debió pasar inadvertido en absoluto; no se despreciaría. No obstante, es argumento no totalmente desdeñable el exhibido en el recurso: en ejercicios anteriores y posteriores, y pese a la ausencia de todo impacto fiscal (esta mención –hay que puntualizarlo– es inexacta: en 2006 el tipo era del 35%), la empresa seguía esa pauta de actuación. No se generó a raíz de ese cambio del tipo del impuesto de sociedades.

Sea como sea, eso –que solo admitimos a efectos dialécticos– no evaporaría la trascendencia penal de los hechos. La principal estrategia defraudatoria consistía en la ocultación de ingresos. Resultó adecuada por sí sola para determinar una cuota impagada superior al dintel de los ciento veinte mil euros. También cuando en los primeros

compases del procedimiento se puso la vista en el ejercicio de 2008, se superaba esa barrera.

Que el acusado no utilizase el corrimiento de ejercicio de los ingresos de forma consciente y deliberada y animado por el propósito específico de defraudar a la Hacienda consiguiendo una reducción del tipo impositivo aplicable, no diluye su dolo defraudatorio respecto de los ingresos recibidos de forma opaca y no declarados. Con eso quedan más que satisfechas las exigencias del tipo subjetivo.

Por lo demás, el importe superior a ciento veinte mil euros, en la concepción mayoritaria de la jurisprudencia, merece la catalogación de condición objetiva de punibilidad lo que también arrastraría algunas consecuencias en este terreno de discusión desactivando cualquier potencialidad del argumento defensivo para variar la condena.

(…) Las certificaciones que se tachan de falsarias –se arguye– no encuentran adecuado acoplamiento en el artículo 390.1.2 (simulación total o parcial de documento), sino en el artículo 390.1.4 (faltar a la verdad en la narración de los hechos). Esa reubicación deja sin muleta la remisión del artículo 392 (falsedad de particulares) que solo se puede apoyar en los tres primeros ordinales del artículo 390.1; nunca en el 4.º La falsedad ideológica por particulares quedó destipificada en el CP 1995 según venía reclamando la doctrina. Las mentiras por escrito realizadas por particulares no gozan de ninguna credibilidad reforzada garantizada por el ordenamiento. En congruencia con esa constatación, quedan, en principio y a salvo supuestos especiales, al margen del derecho penal.

El motivo va a ser acogido. Los hechos sobre los que se basa ese pronunciamiento condenatorio no son típicos.

Consisten, en esencia, en la emisión de unas certificaciones y las correlativas facturas que reflejaban obras y pagos verdaderos y reales, pero incompletos. Se recogen partidas y abonos que se ajustan a la realidad (se hicieron verdaderamente); pero no la reflejan de forma completa, en tanto se omiten partidas, desembolsos y conceptos. La sentencia de instancia, con la claridad y minuciosidad de que hace gala en todos sus apartados, justifica esta condena buscando soporte en una jurisprudencia de esta Sala que, es justo reconocerlo, ha sido zigzagueante y en ocasiones, confusa, si no contradictoria.

(…) El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala 2.ª de 26 de febrero de 1999, respaldado por una muy apretada mayoría, consideró punible la creación por particulares de documentos totalmente falsarios en su contenido, en tanto reflejasen operaciones inexistentes. Suponían simular un documento. Además de falsedades materiales (confección de un documento ficticio), el artículo 390.1.2 podía acoger casos de docu-

mentos con contenido totalmente ficticio, simulado (SSTS 817/1999, de 14 de diciembre; 1282/2000, de 25 de noviembre; 1649/2000, de 28 de octubre; 1937/2001, de 26 de octubre; 704/2002, de 22 de abril; 514/2002, de 29 de mayo; 1302/2002, de 11 de julio; 1536/2002, de 26 de septiembre; 325/2004, de 11 de marzo, entre muchas).

Se pronunció en esos términos la STS 1/1997 (caso Filesa): el otorgamiento de facturas falsas por particulares era conducta típica por constituir una simulación total del documento mercantil, al no responder a lo que su contenido manifiesta.

Apenas unos meses después, la STS 224/1998 (caso Argentia Trust), consideraba que las facturas falsas no simulan un documento. La factura es auténtica. Quien otorga el documento es verdaderamente el declarante. Aunque no sea verdad que la factura obedezca a los trabajos que en ella se refieren, esto no convierte en simulada la factura; simplemente, en mendaz.

La mentira de particulares no distorsiona las funciones esenciales del documento. Este sería auténtico, pero carecería de efectos probatorios *erga omnes*. Estaríamos ante una falsedad ideológica, atípica cuando la realiza un particular.

El citado Acuerdo del Pleno del TS de 26 de febrero de 1999 trató de homogeneizar la disparidad de enfoques, decantándose la mayoría en la forma expresada. El criterio fue avalado por el Tribunal Constitucional. Era una interpretación del artículo 390.1.2.º CP compatible con el principio de legalidad (STC 123/2001).

No siempre se ha aplicado con idénticos parámetros esa doctrina. No faltan oscilaciones, y modulaciones de todo tipo. Es, en todo caso, la mayoritaria.

Nos hacemos eco, ahora por ser muy recientes, de unas precisiones realizadas por esta Sala extrayendo del ámbito del artículo 390.1.2 CP los casos de simulación de contratos. Es la STS 298/2024, de 8 de abril. Entiende que las facturas extendidas para documentar unos pagos reales derivados de una contratación simulada no constituyen falsedad.

La catalogación de esos documentos como simulados no es correcta. Se parte –argumenta la sentencia– de una indefendible equiparación entre lo que es un documento simulado con un contrato simulado.

Los contratos simulados contienen elementos falsarios pues su contenido no se ajusta totalmente a la realidad. No puede decirse, en cambio, que sean documentos simulados en el sentido del artículo 390.1.2 CP: «Los documentos en sí son auténticos: exteriorizan lo que realmente han querido plasmar sus intervinientes. La falsedad es ideológica: se ha hecho constar una realidad negocial simulada.

Pero el documento, como base que plasma las manifestaciones realizadas, no se ha fingido. Lo simulado es el contrato; no el documento. Para sancionar la simulación contractual existe otro tipo penal que carecería de todo sentido si desbordamos la interpretación literal del artículo 390.1.2 introduciendo en su perímetro, a base de jugar con las palabras, simulaciones (se falsea la manifestación; pero no el documento) ideológicas».

Tras ese razonamiento, se concluye que las facturas que documentan pagos efectivamente realizados, pero ligados al contrato simulado, es decir, trayendo causa de una realidad diferente de la consignada, no son documentos simulados. Lo simulado o fingido es la realidad documentada como causa del pago, no el documento mismo.

Aquí, en forma paralela, lo que se simula no es el documento. Solo se aparenta que lo que refleja constituye la totalidad de la obra o la totalidad del pago. Esa es la realidad simulada.

Todo lo atinente a las falsedades cometidas por particulares está, ciertamente, precisado de nuevas y progresivas aclaraciones jurisprudenciales. Así se viene haciendo *(v.gr.* con la acotación de lo que debe entenderse por documento mercantil).

Pero en este caso, sin apartarnos de la línea jurisprudencial vigente, sin innovaciones, ha de concluirse que los hechos son atípicos. Se trata de una mera falsedad ideológica cometida por particular, no reconducible a ninguno de los tres primeros apartados del artículo 390.1. Para que pueda tener alguna operatividad en este campo el artículo 390.1.2 CP, es preciso un documento que recoja algo totalmente inveraz o absolutamente ficticio. Las inveracidades parciales (consignar en una factura un precio distinto del real; no reflejar en el documento la totalidad de las obras; omitir alguno de los conceptos que debieran incluirse...) no desbordan el ámbito del artículo 390.1.4 CP. Otra exégesis llevaría a tildar de falsedad penalmente relevante cualquier apartamiento, por nimio que fuese, de lo consignado en el documento respecto de la realidad, generando una tipicidad desbocada. Plasmar un solo euro por debajo del precio efectivamente abonado sería delito.

(…) Las certificaciones y facturas incompletas no son veraces. Contienen elementos contextualmente falsarios (todo lo que consta es cierto; pero no consta todo lo que debiera constar). Pero es un apartamiento de la realidad, parcial. No permite tildar al documento de simulado en los términos fijados por la jurisprudencia. No se generan esos documentos –utilizando la terminología de nuestra jurisprudencia– para acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente (acto inexistente, con relevancia jurídica para tercero),

sino para transmitir una imagen no fiel de una realidad, de una relación existente. Es documento genuino (está confeccionado por los que lo acuerdan); es auténtico en el sentido de que es el realmente acordado y está confeccionado en los términos pactados; pero es parcialmente inveraz en cuanto omite datos. No recoge la totalidad de los pagos y los conceptos, pero los que consigna son reales.

Es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad, expresa la sentencia de instancia haciéndose eco de la jurisprudencia.

Pues bien, en este caso los documentos no carecen absolutamente de verdad. Se limitan a no recoger una parte de ella. Los documentos aquí analizados, así pues, quedan fuera del campo perfilado por la jurisprudencia que cita la sentencia profusamente. No contradice esa aseveración la STS 425/2021, de 19 de mayo. La doctrina evocada por la sentencia lo pone así de manifiesto.

(STS 1033/2024, 14 de noviembre)

ARTÍCULO 392 CP

Falsedad en documento oficial por particular. Soporte material totalmente falso siendo tanto la fotografía como todas las circunstancias y datos de identidad que se plasman en el mismo verdaderos: falsedad del soporte material del documento que no incide en la veracidad de los datos e información que incorpora. Falsedad meramente formal sin trascendencia para el tráfico jurídico

El hecho probado, al que debemos atenernos en atención al motivo empleado, declara que, al ser requerido D. Roque en un control de tráfico por la Guardia Urbana para que mostrara su documentación, presentó a los agentes un permiso de conducir colombiano con la fotografía y a nombre del acusado totalmente falso.

Tal circunstancia no solo no ha sido negada por las partes, sino que la pericial practicada y no impugnada, tras comparar el documento con documentos indubitados de la República de Colombia, ha concluido que es íntegramente falso.

Ello no obstante, ha podido comprobarse, y es un hecho incontrovertido, que, efectivamente, la fotografía y los datos de identidad que aparecían en el documento correspondían con los del acusado, quien además tenía permiso de conducir vigente en su país de origen (Colombia).

(…) Conforme exponíamos en la sentencia 165/2010, de 18 de febrero, «La doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que no es suficiente para apreciar los delitos de falsedad con que concu-

rran los elementos integrantes del tipo, sino que se requiere, además, que la acción merezca al ser contemplada desde una perspectiva material la consideración de antijurídica. Ello significa que deben quedar fuera del marco punitivo aquellos actos falsarios que no menoscaben el bien jurídico que tutela la norma penal, (...).

Este Tribunal de Casación ha establecido en reiteradas resoluciones que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas (SSTS 349/2003, de 3–3; 845/2007, de 31-10; 1028/2007, de 11-12; y 377/2009, de 24-2, entre otras). Se ataca a la fe pública y, en último término, a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos (STS 13-9-2002).

Y también se ha argumentado que sólo cifrándolo en el tráfico jurídico es posible captar plenamente el sentido de este tipo de delitos falsarios, pues sólo en la medida en que un documento entra en ese tráfico o está destinado al mismo, su adulteración cobra relevancia penal. Por ello, esta Sala tiene declarado que no se comete el delito de falsificación documental cuando, no obstante concurrir el elemento objetivo típico, se aprecie en la conducta del agente una finalidad que resulte ser inocua o de nula potencialidad lesiva. Ahora bien, para clarificar cuáles son los elementos o requisitos de carácter esencial ha de fijarse la atención en las funciones que constituyen la razón de ser de un documento y si la ausencia, modificación o variación de uno de dichos elementos repercute substancialmente en dichas funciones, que son: perpetuadora, en cuanto fijación material de unas manifestaciones del pensamiento; probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo; y función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24-9; y 845/2007, de 31-10).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que no es suficiente con la mera «falsedad formal», sino que se requiere una «especial antijuridicidad material» que implique, al menos, peligro para los bienes jurídicos subyacentes al documento amparado por la fe pública. Tanto el carácter esencial del elemento sobre el que debe recaer la falsedad, como el especial contenido material de la ilicitud se deben deducir del objeto de protección de los delitos de falsedad documental. En este sentido es preciso subrayar que los documentos son protegidos como medio de prueba, es decir, en tanto medio de imputación de una declaración de voluntad y que, por ello, sólo en la medida en la

que resulte afectada una de sus funciones se podrá admitir que ha sido alterado un elemento esencial o constatada una especial antijuridicidad material lesiva de los bienes jurídicos subyacentes al documento (SSTS 21-11-1995 y 247/1996, de 3-4) (...) (...) la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado de forma asidua que no se comete el delito de falsificación documental cuando, no obstante concurrir el elemento objetivo típico, se aprecie en la conducta del agente una finalidad que resulte ser inocua o de nula «potencialidad lesiva», pero sí se incurre en el tipo penal cuando se cause un perjuicio real o «potencial» contra los intereses jurídicos que tutela la norma punitiva (SSTS 1561/2002, de 24-9; 394/2007, de 4-5; 626/2007, de 5-7; y 845/2007, de 31-10). Y aquí desde luego los actos falsarios albergaban sin duda potencialidad lesiva, de modo que si finalmente no ocasionaron un perjuicio real para el tráfico jurídico sí puede hablarse, cuando menos, de «perjuicio potencial»».

En el mismo sentido se expresa la sentencia núm. 227/2019, de 29 de abril, y aquéllas a las que ésta se remite (SSTS núm. 520/2016, de 16 de junio; 432/2013; 309/2012, de 12 de abril ó 331/2013, de 25 de abril).

Más recientemente, en la sentencia núm. 402/2022, de 22 de abril, recordábamos que «La doctrina de este Tribunal, desde una perspectiva decididamente funcionalista, ha insistido en que no basta para la existencia del delito de falsedad documental con que se dé una conducta objetivamente típica de mutación de los contenidos documentados o de alteración de las condiciones de autenticidad. Aquella, además, debe poner en riesgo los bienes o intereses protegidos por el delito de falsedad documental, por lo que debería negarse su existencia cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo significativo de lesión –*vid.* STS 318/2017 de 1 de febrero; 138/2022, de 17 de febrero–.

La esencialidad debe medirse, por tanto, en atención a la capacidad de la mutación para superar el riesgo permitido alterando el sentido y las propias funciones del documento en el tráfico jurídico. Como afirmábamos en la STS 279/2010, de 22 de marzo, «para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la *mutatio veritatis*, en la que consiste el tipo de falsedad en documento público u oficial, altere la esencia, la sustancia, o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico».

De tal modo, la falsedad podrá ser considerada inocua cuando la ausencia de ofensividad derive de la concreta valoración de su eficacia en relación con la situación a decidir. Así, deberá descartarse la idoneidad para afectar a la función probatoria cuando el documento falseado, por su naturaleza, no esté teleológicamente orientado a probar aquello que en el mismo se afirma contrariamente a la verdad o cuando carece de potencial actitud para producir un resultado jurídicamente evaluable».

Quinto. En el supuesto sometido a consideración, nos encontramos ante un documento cuyo soporte material es totalmente falso, pero los datos que el mismo contiene se corresponden íntegramente con la realidad que reflejan. La fotografía de documento era la del acusado Sr. Roque, los datos de identidad se correspondían plenamente con sus datos personales, y aquel efectivamente era titular en Colombia del permiso de conducir que el documento refleja.

Por ello, no es un documento falso en sí mismo en el sentido de que afirme falazmente algo discordante con la realidad. No se está fingiendo que el acusado respondiera a unos datos de identidad distintos a los suyos propios, ni se creaba la apariencia de que se hallara en posesión de una licencia para conducir vehículos de la que careciera. En definitiva, la falsedad del soporte material del documento no incide en la veracidad de los datos e información que este incorpora.

Todo ello denota, pues, que nos encontramos ante una falsedad meramente formal sin trascendencia para el tráfico jurídico. Trascendencia que tampoco se expresa en la sentencia de instancia, en la que, aun cuando se barajan diversas razones que pudieron llevar al acusado a confeccionar o encargar a un tercero el documento, no se concreta la finalidad perseguida por este con potencialidad de incidir en el tráfico jurídico.

No se trataba de acreditar con el documento una situación fáctica o jurídica en relación con el acusado que no se correspondiera con la realidad. Por el contrario, todos los datos y circunstancias consignados en el documento coincidían plenamente con la realidad, por lo que la conducta que se imputa al recurrente excluye el menoscabo de la fe pública y de la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, no ha sido alterada la función probatoria del documento, en cuanto que el intervenido en poder del acusado no fue creado para probar o acreditar circunstancia alguna distinta a la realidad. Tampoco las otras funciones de este, ya que la persona identificada en el ocupado era el propio acusado. Por ello el hecho no se subsume bajo el tipo contemplado en los artículos 390.1. 1° y 2° y 392.1 CP.

(STS 84/2024, 26 de enero)

ARTÍCULO 468.2 CP

Delito de quebrantamiento de medida cautelar. En los supuestos de encuentros casuales entre víctima y condenado a la prohibición de aproximación, el contenido de la condena obliga al destinatario de la prohibición a alejarse del lugar

Las prohibiciones que habían sido impuestas al recurrente en el procedimiento seguido por delito referido a violencia de género, son prohibiciones que tiene un contenido concreto marcado en el apartado segundo del artículo 48 del Código Penal, estas son, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez del tribunal. Consiste en impedir al penado acercarse a cualquier lugar donde se encuentre la víctima, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La finalidad de dicha medida se justifica en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de posibles futuros males adicionales que pudieran derivarse la coincidencia física de los ofendidos o perjudicados por el delito y su autor, y suponen una limitación de la posibilidad de libre circulación, limitaciones que son impuestas al condenado quien debe observar el contenido de la limitación. La víctima es una persona que ha sido protegida por la adopción de una medida de aseguramiento y no es la destinataria de una orden de prohibición de aproximarse o de evitar comunicación, pues la medida se impone al victimario.

La sentencia objeto de la casación, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, señala, que el fundamento de la obligación es la seguridad y tranquilidad de las víctimas, para cuya protección se imponen las medidas cautelares legalmente previstas, como es la impuesta en el presente procedimiento, medidas que implican una restricción de los derechos del destinatario de las prohibiciones y que son las propias de las que comportan la prohibición de aproximación, impuestas, precisamente, a quien en la causa se le imputa un hecho delictivo y por tanto es victimario con relación a la perjudicada. Es por ello que, señala la sentencia objeto de esta casación, que la restricción de derechos que comporta la medida a quien afecta es al victimario y no a la víctima.

En los casos de encuentros casuales, en los que no existe el conocimiento de la objetiva situación de acercamiento entre victimario y víctima, la situación generada debe ser, inmediatamente, resuelta por quien tiene obligación de impedir esa aproximación, pues es la persona que tiene limitada su libertad deambulatoria en los términos

impuestos en la sentencia. La víctima, que no tiene restringido sus derechos, no tiene una obligación que le limite su deambulación, por lo que, una vez conocida la situación de comunicación casual la obligación derivada de la limitación impuesta le incumbe, al condenado en la sentencia porque es el destinatario de la orden de prohibición de acercamiento. En consecuencia, es al victimario a quien se le imponen determinadas restricciones de deambulación, como es el hecho de la prohibición de aproximarse. Fundada en la seguridad de la víctima la conducta que pone en riesgo se integra por su modalidad activa, acercarse, u omisiva, no retirarse, cuando de forma casual, se ha producido la comunicación.

El motivo de oposición se desestima.

En similares términos se ha pronunciado esta Sala en anteriores resoluciones. En efecto, en Sentencia de Pleno 553/2022, de 2 de junio, en un supuesto similar en el que existía una prohibición de comunicarse se declaró que la conducta del victimario, publicando en redes sociales unos determinados escritos en los que participaba sus estados anímicos, ya suponía, pese a que no iban dirigidos a la víctima, una comunicación prohibida y a tal efecto se afirmó que la persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar, que incluye la prohibición de comunicarse, no asume la obligación de desconectarse de los canales telemáticos, o redes sociales, anteriormente activos. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que debe adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.

Consecuentemente, producido un encuentro casual, que no daría lugar a la subsunción en el delito de quebrantamiento de condena, dada la naturaleza dolosa del delito, la conciencia de la situación objetiva de aproximación a la víctima a una distancia inferior a la que es objeto de la prohibición, impone al victimario la realización de una conducta dirigida a evitar la comunicación con la víctima y, en definitiva, la actuación de la prohibición acordada. Por lo tanto, corresponde al victimario desarrollar una conducta que impida la comisión de la aproximación prohibida por la norma.

(STS 497/2024, 30 de mayo)

Sentencias de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2024

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Abogado of Counsel. Doctor en Derecho

Ex Magistrado Coordinador del Gabinete Técnico
Sala Segunda del Tribunal Supremo

En el año 2024, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado siete «sentencias de pleno» pues, como viene sucediendo desde 2019, esta fórmula ha sustituido a la tradicional de unificación de criterios prevista en el art. 264 LOPJ, mediante la cual, tras la reunión pertinente de la Sala, si se llegaba a un «acuerdo no jurisdiccional» sobre una cuestión controvertida, se redactaba el texto y se daba a conocer públicamente.

El acuerdo era después aplicado a través de una primera sentencia y reiterado por la Sala en otras resoluciones en las que se recogía el sentido interpretativo alcanzado, y de ese modo, se iba configurando jurisprudencia sobre el tema tratado.

En 2024, siguiendo la nueva modalidad iniciada en 2019, se han dictado diversas sentencias de pleno que, a pesar de contar en algún caso con votos particulares, contribuyen a alumbrar una doctrina del máximo interés para su aplicación por los operadores jurídicos, y en particular, por los distintos órganos judiciales de la jurisdicción penal, al tener la consideración de sentencias del pleno de la Sala.

Como puede apreciarse con el examen de las sentencias que seguidamente van a exponerse, todas, menos la sentencia STS núm. 265/2024, de 18 de marzo, contaron con votos particulares.

El dato no es baladí, porque se trata de sentencias de pleno y aun así sólo se alcanzó la unanimidad en una única sentencia. Por eso, encontramos pertinente hacer un pequeño comentario a tal cuestión.

En efecto, el «voto particular» llamado «*dissenting opinión*» en el derecho anglosajón, está admitido en el art. 260 LOPJ y por lo que hace al ámbito penal, en el art. 156 LECrim. Se ha dicho que con ello se quita autoridad a la sentencia –o al Auto, porque también es posible formular un voto particular, en un Auto– pero en realidad, no es más que la expresión de una discrepancia intelectual, a veces sólo en la fundamentación, y supone una manifestación más de que la función jurisdiccional que ejerce cualquier Magistrado es un ejercicio democrático por parte de quienes la tienen atribuida, en un caso determinado.

Y aunque no afecta al «fallo», estos votos suelen ser útiles para apoyar alguna de las tesis planteadas en el caso, cara al recurso, si bien ello no es aplicable a las sentencias del Tribunal Supremo, dado que el art. 904 LECrim las excluye de recurso alguno (salvo del de nulidad y de revisión).

Por eso, en los casos en que la Sala Segunda contiene en alguna sentencia, algún voto particular, lo que tenemos es el planteamiento de otra línea interpretativa que puede abrir debate en la doctrina y, de futuro, un posible cambio de jurisprudencia.

En el año 2024, las sentencias de pleno –como se ha dicho– no alcanzaron la unanimidad, salvo en una, lo que nos parece muy reseñable, lo mismo que la calidad de los votos particulares, lo que muestra, en nuestra opinión, que se están alcanzando crecientemente, interpretaciones muy sofisticadas y técnicas sobre cuestiones que no tienen fácil respuesta.

Y eso nos lleva –con todo respeto y admiración por los integrantes de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo– a recordar la conocida frase del Juez Robert H. JACKSON: «*No tenemos la última palabra porque seamos infalibles. Pero somos infalibles porque tenemos la última palabra*» (1). De ahí la importancia de conocer la jurisprudencia, y en particular, las sentencias de Pleno de la Sala Penal.

Las sentencias de pleno dictadas en el año 2024, son las siguientes:

STS núm. 84/2024, de 26 de enero.
STS núm. 85/2024, de 26 de enero.
STS núm. 202/2024, de 5 de marzo.
STS núm. 265/2024, de 18 de marzo.
STS núm. 266/2024, de 18 de marzo.
STS núm. 603/2024, de 14 de junio.
STS núm. 974/2024, de 6 de noviembre.

(1) Fue nombrado juez de la Corte Suprema de los EE. UU., al regresar de su participación como fiscal en los procesos del Tribunal de Nüremberg (La frase la pronunció en el Caso "Brown vs Allen: 344. US; 443540, 1953).

1. STS 84/2024, de 26 de enero (ROJ: STS 472/2024-ECLI: ES: TS:2024:472)

Cuestión: Falsedad en documento oficial.

Respuesta: No existe cuando, aunque el soporte material sea falso, los datos se corresponden con la realidad.

La Sala desestima, en consecuencia, el recurso formulado por el Ministerio Fiscal, que buscaba la condena de quien había sido declarado absuelto, y lo hace con el siguiente razonamiento:

«Quinto. En el supuesto sometido a consideración, nos encontramos ante un documento cuyo soporte material es totalmente falso, pero los datos que el mismo contiene se corresponden íntegramente con la realidad que reflejan. La fotografía de documento era la del acusado Sr. Roque, los datos de identidad se correspondían plenamente con sus datos personales, y aquel efectivamente era titular en Colombia del permiso de conducir que el documento refleja.

Por ello, no es un documento falso en sí mismo en el sentido de que afirme falazmente algo discordante con la realidad. No se está fingiendo que el acusado respondiera a unos datos de identidad distintos a los suyos propios, ni se creaba la apariencia de que se hallara en posesión de una licencia para conducir vehículos de la que careciera. En definitiva, **la falsedad del soporte material del documento no incide en la veracidad de los datos e información que este incorpora**. Todo ello denota, pues, que nos encontramos ante una falsedad meramente formal sin trascendencia para el tráfico jurídico.

(…) No se trataba de acreditar con el documento una situación fáctica o jurídica en relación con el acusado que no se correspondiera con la realidad.

Por el contrario, todos los datos y circunstancias consignados en el documento coincidían plenamente con la realidad, por lo que la conducta que se imputa al recurrente excluye el menoscabo de la fe pública y de la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia**, no ha sido alterada la función probatoria del documento, en cuanto que el intervenido en poder del acusado no fue creado para probar o acreditar circunstancia alguna distinta a la realidad**. Tampoco las otras funciones de éste, ya que la persona identificada en el ocupado era el propio acusado. Por ello el hecho no se subsume bajo el tipo contemplado en los arts. 390.1. 1° y 2° y 392.1 CP».

2. **STS núm. 85/2024, de 26 de enero**

Cuestión: Planteaba la defensa la aplicación de una atenuante por analogía con la base legal que ofrece el art. 183 quater CP (actual 183 bis CP) en los casos en que se rechaza la aplicación de dicho precepto, que supone eximir de responsabilidad en los delitos sexuales cuando el autor es «una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

Respuesta: La Sala desestima tal pretensión tras recordar que, efectivamente, la construcción analógica de atenuantes que posibilita el art. 21.1. 7.º CP tiene como objetivo garantizar en todo caso la correspondencia entre la pena y los concretos indicadores de gravedad del injusto, de culpabilidad o de merecimiento del autor, atendidos los fines político-criminales concurrentes.

Pero ello no significa que los jueces dispongamos –se dice– de un ilimitado «motor de búsqueda» de atenuantes. Cuando no es posible trazar la análoga significación con las categorías normativas típicas de referencia debe presumirse que la opción racional del legislador ha sido, precisamente, no incluir otras atenuaciones.

La sentencia insiste en el carácter restrictivo de las «atenuantes por analogía» pues «no pueden generarse atenuaciones no previstas y desconectadas del sentido y los fines a las que responden las atenuantes genéricas o específicas que puedan ubicarse en la parte especial del Código». Por eso –como se concluye en la STS 185/2017, de 23 de marzo– «convertir el art. 21.7 CP en un atajo para burlar los requisitos que el legislador ha previsto para cada atenuante es una exégesis no asumible, pues deroga *de facto* el requisito».

Como hemos reiterado, **la clave decisiva para la apreciación analógica de circunstancias atenuatorias reside en la identificación de datos objetivos que adquieran un significado o valor funcional equivalente a aquellos que sustentan la apreciación de fórmulas o supuestos atenuatorios previstos en la ley** –*vid*. STS 799/2022, de 5 de octubre–. Y es que «no puede olvidarse que en la base de la aplicación del instrumento analógico no está una suerte de «voluntas principis» atribuida a los jueces sino la identidad o proximidad del supuesto con la «ratio legis» de la que se extrae la análoga significación y que, por ello, los jueces estamos obligados a identificar».

Y se incluye este razonamiento general sobre la cuestión: «lo que compete a los tribunales, en orden a la identificación y aplicación por vía analógica de fórmulas de atenuación, es determinar si el concreto comportamiento no expresamente regulado cae, o no, bajo la norma general inclusiva que permite la extensión de todos o algunos de los

efectos regulados. Lo que dependerá, insistimos, del grado de similitud. De tal modo, si no se identifica suficiente similitud o concurre una marcada diferencia esencial entre los comportamientos no resultará posible extender en mayor o menor medida las consecuencias jurídicas previstas en la norma cuya aplicación analógica se pretende».

Pasando a la concreta cuestión planteada en la sentencia, se admite que hubo pronunciamientos en que se admitió la atenuación analógica propuesta por el recurrente –*vid*. ATS 601/2017, de 23 de marzo; SSTS 699/2020, de 16 de diciembre; 811/2022, de 13 de octubre–, pero no lo es menos que pronunciamientos más recientes la han excluido –*vid*. SSTS 798/2022, de 5 de octubre; 930/2022, de 30 de noviembre– sobre la base de un argumento principal: la imposibilidad de trazar una relación de analogía con alguna de las circunstancias típicas, constituyendo este un presupuesto ineludible derivado del principio de legalidad.

Entrando ya a resolver el caso, la Sala concluye: La no excesiva lejanía en términos de edad y desarrollo físico y madurativo, pero que resulta irrelevante para excluir la conducta típica, no puede generar una especie de subtipo atenuado sobre la base de una suerte de semi consentimiento o consentimiento imperfecto de la víctima sin riesgo de contradecir el propio sentido de la norma prohibitiva y de superar en mucho la función que puede cumplir la analogía.

Y parece claro que **no es posible decantar esa posibilidad atenuatoria del tenor del art. 183 bis CP sin desconocer, al tiempo, el fundamento de la norma que protege la libertad sexual de las personas menores de 16 años, descartando toda relevancia al consentimiento que no sea plenamente libre. Consentimiento legitimador que no se dará cuando la persona mayor se aprovecha, precisamente, de la menor madurez y diferencia de edad de la víctima para mantener con ella relaciones sexuales.**

Lo anterior no quiere decir, ni mucho menos, –se dice finalmente– que las circunstancias personales del autor, también las relativas a su edad y grado de madurez, reveladas en el juicio no deban ser tomadas en cuenta, a la hora de aplicar la pena.

La sentencia contó con un voto particular formulado por 5 magistrados que a pesar de compartir la decisión adoptada para el asunto concreto, por no vislumbrar méritos para atenuar la responsabilidad penal, sostuvieron que «no nos convence la doctrina, proclamada con vocación de generalidad, que rechaza toda posibilidad de construir una atenuante por analogía con la base legal que ofrece el art. 183 quater CP (actual 183 bis CP)», y expresan las razones de tal discrepancia con un

voto extenso y muy bien fundado pero que, como es sabido, no constituye jurisprudencia, aunque tiene un relevante interés doctrinal.

3. **STS núm. 202/2024, de 5 de marzo**

Cuestión: Acumulación de condenas. Límite máximo a cumplir, conforme al artículo 76 CP.

Respuesta: Se mantiene la decisión recurrida en la que se fijó un límite máximo a cumplir de 25 años de prisión.

El tema examinado en la referida sentencia aborda los límites máximos de cumplimiento fijados en el art. 76 CP para los casos de concurso real que se resuelven mediante el expediente de la acumulación de condenas del art. 988 LECrim cuando se han seguido procesos distintos.

Dice el art. 76 CP: «1. No obstante lo dispuesto en el art. anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años».

En la sentencia se analiza el Auto que entiende que **la ley se refiere a la pena en abstracto. Por tanto, si uno de los delitos por los que fue condenado el recurrente era asesinato sancionado con pena de prisión de quince a veinticinco años, y la suma aritmética de todas las penas privativas de libertad rebasa ese dintel, el máximo de cumplimiento ha de quedar fijado en veinticinco años,** con independencia de que, en concreto, la pena impuesta por el asesinato no solo no llegase a ese límite (a diez años, en concreto, porque fue cometido en grado de tentativa), sino que, además, jamás hubiese podido alcanzar esa cota por haberse apreciado dos atenuantes (miedo insuperable incompleto y confesión) lo que obligaba a degradar la pena, al menos, un grado (diez a quince años) y, facultativamente, dos (cinco a diez años) conforme ordena el art. 66.1.2.ª CP.

Pues bien, se analizan ambas cuestiones (la tentativa y las atenuantes) con relación a la influencia que debe asignársele a los efectos del art. 76 CP y dada la minuciosidad de la exposición, repleta de jurisprudencia y con cita de los acuerdos de la Sala, sobre la cuestión, estamos ante uno de esos casos en que resulta imprescindible remitir a la lectura de la propia sentencia.

Y así, respecto al delito de asesinato intentado se dice: conforme a la doctrina de la Sala –SSTS 302/2004 de 11–3 y 823/2011 de 19-7- «si el delito es consumado, la pena será la máxima que marque el tipo penal correspondiente. Si el delito es intentado, la pena será la del grado inferior en toda su extensión, es decir, la pena abstracta es toda la que permite la aplicación de la pena inferior considerada en toda su extensión. Luego barajando todas las opciones de bajada en uno o dos grados, la pena abstracta puede ir desde 5 hasta 20 años, pero nunca puede llegarse a una pena superior a los 20 años. El delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos».

El delito intentado es una categoría propia. El homicidio sanciona la acción de matar. El homicidio intentado sanciona la acción de intentar matar. Son dos conductas distintas. Hasta la morfología dogmática varía: los delitos en grado de tentativa incorporan siempre un elemento subjetivo del injusto.

Sobre el efecto de la aplicación de una eximente incompleta o una circunstancia atenuante genérica muy cualificada o varias atenuantes, que obligan a bajar, al menos un grado, el marco penal, se pregunta la resolución que examinamos: *¿ha de ser tenida en cuenta para determinar los límites punitivos absolutos?*

La respuesta es negativa. Y lo explica la STS 166/2020, de 19 de mayo: las «circunstancias» constituyen elementos circunstanciales que en modo alguno permiten concluir que la penalidad asociada por su concurrencia es precisamente la asociada con carácter abstracto a la establecida para cada "delito", es decir, en cada tipología a la acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley. Por lo que «en modo alguno la configuración del tipo penal se ve afectada por la concurrencia de atenuantes».

La sentencia contó con un voto particular de dos magistrados, que discreparon de sus 13 compañeros de Sala, estimando que debió haberse estimado el recurso, en pocas palabras, porque cabía una interpretación más favorable que la sostenida por la Sala.

El razonamiento –desarrollado de modo muy extenso, recurriendo incluso a doctrina del TEDH– es el siguiente: se denuncia indebida aplicación del art. 76.1 d) CP, en cuanto se descarta fijar como límite absoluto de cumplimiento de las penas acumuladas el plazo general de veinte años. Para el recurrente, la pena impuesta, en sentencia de 24 de marzo de 2011, por el delito de asesinato del art. 139 CP, que a la sazón tenía, en esa fecha, una pena prevista de quince a veinte años de prisión, fue consecuencia de la aplicación preceptiva de la regla de degradación contemplada en el art. 66.1. 2.º CP al concurrir dos circunstancias atenuantes.

Ello obligaba a tomar en consideración como pena a imponer la prevista en el tipo, reducida, al menos, en un grado. La pena imponible se situaba, por tanto, por debajo de los veinte años de prisión, por lo que no procedía establecer el límite extraordinario previsto en art. 76.1 a) CP. La necesidad de estar a las reglas penológicas preceptivas cohonesta, según el recurrente, con la doctrina de esta Sala que arranca con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012.

Pues bien, concluye el voto: el recurrente, a mi parecer, tiene razón. Se indica por el magistrado que lo redactó, al que se adhirió una magistrada de la Sala.

4. **STS núm. 265/2024, de 18 de marzo**

Cuestión: Se considera de «interés casacional» el motivo planteado relacionado con la cancelación de los antecedentes penales cuando la Sentencia de donde deriva la reincidencia se encuentra incluida en una operación de acumulación jurídica, verificada mediante los parámetros legales diseñados en el art. 76 del Código Penal.

Respuesta: La cuestión que se resuelve en esta sentencia consiste en un aspecto no regulado expresamente en el art. 136 del Código Penal, que apenas cuenta con jurisprudencia, pero que será resuelta mediante la consolidación de la doctrina jurisprudencial al respecto, relativa a la interpretación constante del art. 74 del Código Penal.

Y se hace del siguiente modo: en caso de refundición no se puede aplicar como fecha de extinción de las diversas condenas que integran la acumulación jurídica, la fecha correspondiente al máximo de cumplimiento; en consecuencia, los criterios para el cómputo son los siguientes: si consta la fecha de extinción de la condena dentro del conjunto de la acumulación jurídica, a ella debemos estar; segundo, en caso contrario puede partirse de la fecha de la firmeza de la Sentencia, adicionarle la duración de la pena impuesta (con reducción de la situación de preventivo, si constare) y sumarle el plazo de cancelación del art. 136 del Código Penal, y en tercer lugar, si nada de ello consta, ha de entenderse que falta un dato sustancial que es la fecha de extinción de la condena como dato para verificar el cómputo de la reincidencia, por lo que no se puede estimar aplicable tal circunstancia agravante.

Al respecto, se desarrolla *in extenso* la doctrina de la acumulación jurídica, que ante su parquedad «obliga a una interpretación integradora de la misma que debe mantener una orientación pro reo».

Y se aplica al caso, del siguiente modo:

«En nuestro caso, el antecedente resulta de una Sentencia condenatoria de Cáceres. En concreto, la fecha de extinción de la Sentencia de 29-03-1995 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, que impuso la pena de 12 años de prisión por robo con violencia o intimidación (además de la pena de 3 meses de prisión por hurto), Sentencia por robo que se cumplió en primer lugar (arts. 75 y 76 del Código Penal), no pudo quedar extinguida el 2-09-2017, fecha de la finalización de la acumulación jurídica, sino a lo máximo, en 2007, siendo el plazo de rehabilitación (en el supuesto más favorable, cinco años, *ex* art. 136 del Código Penal), lo que nos llevaría a la fecha de extinción en el año 2012, y siendo así que cuando cometió los hechos que aquí se están juzgando, 6 de septiembre de 2019, la condena anterior no podría considerarse como antecedente no cancelado, y de todos modos, tal imprecisión originaría la consideración pro reo, y por tanto, la inaplicación de la agravante de reincidencia, pues conforme a la jurisprudencia citada, no podría ser considerada como fecha de extinción la del día 2 de septiembre de 2017, que es la de finalización de la operación de acumulación jurídica».

En consecuencia, **el Pleno de la Sala acuerda la siguiente doctrina legal: en caso de refundición no se puede aplicar como fecha de extinción de las diversas condenas que integran la acumulación jurídica, la fecha correspondiente al máximo de cumplimiento.**

Y de no constar tales datos, o bien resultarle favorable el aludido cómputo, que arroja la cancelación del antecedente cuestionado, el motivo será estimado en lo referente al delito de robo intentado, del que no puede ser considerado antecedente la Sentencia de 29-03-1995 para ser tenido como reincidente al acusado.

Distinto es el caso del delito continuado de hurto, en el que concurren dos agravantes, pues, aunque suprimiéramos la de reincidencia, no tendría practicidad alguna, toda vez que la pena imponible sería la misma. Recordemos que se le han impuesto 15 meses de prisión, sobre la base de una penalidad de 6 meses a 18 meses, que, con la continuidad delictiva, obliga a individualizar la pena en su mitad superior (pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado), esto es, una cuantía correspondiente entre 12 y 18 meses, por lo que, al concurrir, al menos una agravante (art. 66.1.3.ª), debería imponerse en la mitad superior, entre 15 y 18 meses, y al concretarse en 15 meses, ninguna infracción legal se ha cometido.

5. **STS núm. 266/2024, de 18 de marzo**

Cuestión: Cuando para apoderarse de bienes ajenos se emplea una llave propiedad del dueño de los bienes, ¿existe hurto o robo?

Respuesta: **La apropiación de unas llaves que no están a disposición del autor y que serán utilizadas para abrir subrepticiamente una caja de caudales, supone su obtención por un medio que constituye infracción penal, a los efectos de ser consideradas llaves falsas conforme al art. 239.2 del Código Penal.**

Los hechos probados de la sentencia recurrida declaran que la acusada fue contratada como empleada doméstica por Marcelina para trabajar en su domicilio, sito en PASSEIG000, de Barcelona, y que la misma «se hizo con la llave maestra de la caja fuerte de dicha vivienda y, en varias ocasiones, sin conocimiento ni consentimiento de la Sra. Marcelina, usó dicha llave para abrir la caja y extraer diversas cantidades en efectivo que hizo propias. El total del dinero sustraído por la acusada asciende a al menos 50.000 euros».

El Tribunal de apelación entendió que no puede entenderse aplicable el art. 239.2 del Código Penal, al señalar: tanto en el inciso primero (llaves extraviadas), porque no consta que la dueña las hubiera perdido, como en el inciso segundo (llaves obtenidas por un medio que constituya infracción penal), puede entenderse cometida la infracción penal en el apoderamiento de las llaves, al no haberse producido la entrada inconsentida en la vivienda ni ningún acto que culmine en ilícita disposición.

La sentencia del Pleno de la Sala revoca la de la Audiencia que entendía se habría cometido un delito continuado de hurto, al coincidir con el Fiscal recurrente que la Sala de apelación acepta como probado que la acusada «se hizo» con la llave maestra de la caja fuerte y la utilizó para abrirla sin conocimiento ni consentimiento de la perjudicada. Pero la expresión «se hizo con» está denotando que obtuvo o se apoderó de la llave; acepción del verbo «hacer» que se recoge en el diccionario de la Real Academia de la Lengua. En consecuencia, nunca, y bajo ningún concepto, la llave fue entregada voluntariamente por su propietaria a la acusada para tal uso. Por tanto, no pueden considerarse los hechos constitutivos de un delito de hurto, sino de robo, al haberse utilizado «llaves falsas».

En consecuencia, como doctrina de esta Sentencia de Pleno, se fija la siguiente**: «La apropiación de unas llaves que no están a disposición del autor y que serán utilizadas para abrir subrepticiamente una caja de caudales, supone su obtención por un medio que cons-**

tituye infracción penal, a los efectos de ser consideradas llaves falsas conforme al art. 239.2 del Código Penal».

Por lo demás, es obvio que para acceder al lugar donde se encuentra el dinero, esto es, la caja de caudales, hay que fracturarla, o bien emplear el medio de protección constituido por la llave que permite su apertura. Y tanto se trate de una cámara acorazada como una caja de seguridad empotrada en la pared.

Se formuló **voto particular** por cuatro magistrados que sostuvieron que los hechos que se declaran probados en la instancia, asumidos por la sentencia de apelación, no permiten identificar los presupuestos fácticos y normativos del delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237, 238.4.º y 239, todos ellos, del Código Penal.

Es obvio que todas las palabras tienen un mayor o menor grado de ambigüedad –dice el voto particular– y que en ocasiones las escogidas para conformar el hecho probado no alcanzan las deseables tasas de inteligibilidad y precisión, haciendo imposible o muy difícil identificar el sentido que permita identificar la presencia de los elementos normativos y descriptivos reclamados por el tipo. En estos casos, el tribunal que conoce del recurso deberá dejar sin efecto la correspondiente condena por no poderse subsumir la conducta que se declara probada en el tipo, objeto de acusación.

Y se concluye con que la sustracción intencionadamente temporal para el mero uso resulta, por tanto, atípica, a salvo previsiones de incriminación específica como la contemplada en el art. 244 CP respecto a los vehículos de motor, precisamente la tipificación del delito de utilización ilegítima de vehículos de motor por la Ley del Automóvil de 1950.

6. **STS núm. 603/2024, de 14 de junio**

Cuestión: Valoración de las relaciones sexuales consentidas bajo engaño (retirada inconsentida del preservativo).

Respuesta: Se trata de un tipo de abuso sexual sin penetración en tanto ésta había sido consentida, aunque de otra manera.

Frente a la condena de la Audiencia, confirmada por el TSJ, que impuso una pena de cuatro años de prisión, el Tribunal Supremo condena por un delito de abusos sexuales sin penetración del art. 181.1 CP según la redacción anterior a la reforma operada por LO 6/2022 que resultaría más gravosa (art. 178 actual CP), estimando adecuada la pena de un año de prisión que permitirá el acogimiento a los beneficios de la suspensión de la pena privativa de libertad.

La sentencia del Pleno pone el acento en el consentimiento, pues ahí radica el núcleo de la cuestión –si hay consentimiento o no–. La concurrencia de un previo engaño no añade nada penalmente. Da igual un cambio surgido de improviso, sin maquinación previa: retirada no planificada del preservativo, determinada por un impulso sobrevenido, que es el caso que se examina.

Lo que hay que explorar es el contenido del consentimiento prestado. Si éste es desbordado de forma esencial; no accidental, o accesoria, habrá delito contra la libertad sexual, se haya producido engaño o no.

Ahora bien –dice la sentencia– es obvio que **no basta cualquier divergencia en el cómo (no se respetó la exigencia de esperar al orgasmo simultáneo, se cambió la postura acordada...), o en circunstancias no esenciales (se consumó el acto en un tiempo breve en contra de la reclamación de la pareja, frustrando deliberadamente las expectativas convenidas...). Es necesario que haya un qué distinto:** *un aliud.*

Y se trata de dilucidar si desde la dimensión pura y estrictamente sexual del acto, que es lo que se protege en los arts. 178 y ss. CP, puede afirmarse que **la penetración sin preservativo es algo esencialmente diverso de aquella otra en que se usa esa barrera**. Obviamente estamos ante acciones diferentes, **pero desde un prisma puramente sexual no son acciones sustancialmente distintas.**

En el caso, la penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento (como puede suceder en casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer –o viceversa– u otras hipótesis imaginables).

Ciertamente el contacto corporal es diferente en ambos casos (sin o con preservativo). Pero **solo podemos hablar de un acto sexual esencialmente distinto cuando se afecta al qué y no solo al cómo. Lo relevante no son las consecuencias posibles, sino el acto en sí.** Pues bien, identificamos, en esa dimensión estrictamente sexual a que hemos de atender, un *aliud* que constituye una diferencia esencial, ajena al consentimiento, en una penetración con preservativo cuando se exigió que se usase de ese medio y se eludió esa barrera; o cuando se impuso como condición excluirla y furtivamente se incumplió el compromiso.

Aplicó la Audiencia el art. 181.4 CP, cuya penalidad se mueve entre cuatro y diez años de prisión. Pero es que, cuando el legislador fija esas altas penalidades, está pensando en una penetración, por

cualquiera de las vías establecidas, no consentida, no aceptada, rechazada. No se quiere la penetración.

En el caso examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril. Intuitivamente se capta que el nivel de antijuricidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equiparación con el acceso no consentido**. La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento**.

Por eso, resulta más ponderado reconducir los hechos a los abusos (actualmente, agresión) **sin penetración**; no porque ésta no se produzca, sino porque ésta estaba aceptada. Eso nos hace optar por las penas señaladas en el art. 181.1 CP. Estaríamos ante un tipo de abuso sexual sin penetración en tanto ésta había sido consentida, aunque de otra manera.

Y se concluye afirmando que la respuesta punitiva es más proporcionada y se equipara a la manejada en entornos jurídicos próximos en el derecho comparado. La sobre punición puede arrastrar un perverso efecto de infra-aplicación.

También en este caso se formuló **voto particular**, que fue suscrito por cinco magistrados, que mostraron su disenso con relación a la argumentación de la sentencia mayoritaria al afirmar la irrelevancia del engaño para rellenar la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual. Concretamente, la expresión, posteriormente desarrollada en el fundamento tercero, en la que se afirma «no son actos típicos, por existir anuencia, aquellos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual». A nuestro juicio, los hechos debieron ser subsumidos en el delito de abuso sexual, agresión sexual, con penetración. Además, entendemos que el engaño, si es relevante, puede rellenar la tipicidad en el delito de agresión sexual.

Y es que –sigue el voto particular–, **la penetración no fue consentida en los términos convenidos, por lo que el contenido de antijuridicidad expresado en el hecho es atentatorio a la libertad sexual y ese atentado ha supuesto una penetración no consentida.**

En el caso, la víctima accedió a mantener relaciones sexuales penetrativas de una determinada manera que incluía el uso de condón. El recurrente, al retirarlo sin su conocimiento o consentimiento, lesionó gravemente la libertad sexual de aquella pues el acto de con-

tenido sexual no se llevó a cabo de la manera que la víctima había consentido. Hubo penetración no consentida y los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas, a los que se refiere la sentencia mayoritaria, tienen otras salidas en el propio Código penal, art. 4 CP, a las que deberá acudirse en lugar de recurrir a forzadas interpretaciones de la norma, que se estiman carentes de sustento en la tipicidad.

7. **STS núm. 974/2024, de 6 de noviembre**

Cuestión: ¿Puede discutirse en el acto del juicio oral la intempestividad de las diligencias practicadas en la fase de instrucción?

Respuesta: Sí, pudiendo alcanzar el resultado de tal debate a la decisión de prosecución del proceso e incluso –como aquí sucedió– a declarar la nulidad del Auto que lo acordó y retrotraer las actuaciones al momento anterior, con la correspondiente anulación de las sentencias dictadas.

El desarrollo del tema, resumidamente, es el siguiente:

La regla general de imposibilidad de practicar diligencias de investigación fuera de plazo tiene dos excepciones, una prevista en la ley y otra declarada por la Sala.

En primer lugar, el art. 324.7 aplicado y el actual art. 324.2 de la LECrim disponen la validez de las diligencias aportadas fuera de plazo pero acordadas con anterioridad a la finalización del plazo. En segundo lugar, en la STS 605/2022, de 16 de junio, se declaró que pueden practicarse fuera de plazo las diligencias de instrucción que se deriven inescindiblemente de otras diligencias ya admitidas dentro de plazo.

En el presente caso, la cuestión a determinar es si es conforme a derecho la aportación de los informes periciales de la AEAT más de dos años después de finalizado el plazo de instrucción, así como la práctica fuera de plazo de un buen número de diligencias.

En una primera aproximación parecería que los informes periciales aportados por la AEAT fueron acordados por el Juzgado de Instrucción antes del vencimiento del plazo, mediante auto de 02/12/2015.

En esa resolución se entregó la documentación a la AEAT y a la Guardia Civil «al objeto de facilitar su estudio y análisis y elaboración de los correspondientes informes sobre los hechos objeto de investigación». Esa forma de ordenar la diligencia es sumamente abierta y genérica. La providencia no especifica en modo alguno ni el conte-

nido del informe, ni el periodo temporal susceptible de análisis ni las personas objeto de investigación.

La orden judicial, en el caso, se identifica con una orden general para continuar y desarrollar la investigación, enmarcada en los poderes que el juez de instrucción tiene para investigar los hechos a través de la policía judicial, conforme a lo previsto en el art. 777.1 de la LECrim, en el que se dispone que «el juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competencia para el enjuiciamiento».

En principio y por más que sea una cuestión muy matizable en función de las concretas circunstancias de cada caso**, finalizado el plazo de instrucción, las diligencias de investigación que se practiquen por orden judicial y que se enmarquen en esa clase de mandatos genéricos de investigación no pueden ser aportadas al procedimiento en ese momento procesal, ya que el vencimiento del plazo afecta no sólo a las diligencias que practique directamente el Juez de Instrucción sino a las diligencias que lleve a cabo la Policía Judicial o cualquier otro organismo administrativo a consecuencia de una orden genérica de investigación.**

De lo contrario, bastaría una orden de ese tipo para neutralizar el plazo de instrucción y para aportar cualesquiera diligencias derivadas de indagaciones posteriores a la finalización del plazo y practicadas una vez rebasado ese límite temporal. Por tanto, cuando el art. 324 de la LECrim dispone que serán válidas «las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o sus prórrogas» se está refiriendo a diligencias concretas y suficientemente individualizadas.

En este caso podemos afirmar sin margen de duda –sigue diciendo la sentencia– que la remisión de la documentación a la AEAT y a la Guardia Civil lo fue para que siguieran investigando. La forma abierta y genérica en que se dio la orden no sugiere que se ordenara la remisión de un informe con un contenido concreto y preciso, sino que se facultó a los destinatarios para que siguieran investigando y elaboraran su informe al final de sus indagaciones, y tan es así que los informes emitidos se nutrieron del análisis de las bases de datos existentes o de fuentes de información abiertas y, sobre todo, incorporaron (al menos el primer informe) la información contenida en la Comisión Rogatoria a las autoridades de Gibraltar, librada el 08/06/2017 y su ampliación (27/03/2018), ordenada muchos meses después de finalizado el plazo de instrucción.

En consideración a lo expuesto, **las diligencias practicadas fuera de plazo (Comisión Rogatoria a las autoridades de Gibraltar, su ampliación, las declaraciones de los investigados y la documentación unida con posterioridad), son diligencias de investigación que no debieron ser tomadas en consideración para adoptar la resolución por la que se concluyó la instrucción y se acordó continuar el procedimiento por los trámites del Procedimiento Abreviado.**

El plazo de instrucción es un término esencial y sólo las diligencias tempestivas pueden servir de fundamento al auto de prosecución del procedimiento. Lo contrario supone una violación de una norma procesal esencial que determina la nulidad del citado auto y supone también una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE.

Ahora bien, para que exista lesión de ese derecho no basta que se haya producido una vulneración de las normas procesales, es preciso también que se haya lesionado de forma real y efectiva el derecho de defensa, que se haya producido indefensión.

No existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada.

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En este caso se entiende producida esa indefensión en la medida en que la pretensión punitiva realizada por la acusación puede desbordar la realidad fáctica susceptible de enjuiciamiento, que viene predeterminada por los hechos incluidos en el auto de conclusión de la instrucción y que fueron perfilados valorando diligencias de investigación inválidas por haber sido practicadas fuera del plazo de instrucción previsto legalmente.

Consecuentemente, se acuerda la nulidad de actuaciones desde el auto de 15/03/2019 inclusive, a fin de que el Juzgado de Instrucción acuerde la resolución que proceda conforme a lo previsto en el art. 324 de la LECrim, sin tomar en consideración las aludidas diligencias.

Y no obsta a lo anterior el hecho de que dos de los recurrentes no hayan interesado la nulidad de actuaciones, sino su absolución, y otro de los recurrentes lo que haya interesado sea la nulidad del auto de

apertura de juicio oral, cuestión con la que discrepa frontalmente el voto particular.

La sentencia justifica tan audaz decisión, indicando que en las sentencias de casación el contenido de su fallo viene predeterminado por la ley, al margen de la petición que se formule. Si se estiman motivos por infracción de ley el fallo consistirá en la anulación de la sentencia impugnada y el dictado de la nueva sentencia que proceda (art. 902 LECrim). Si se estiman motivos por quebrantamiento de forma el fallo será la nulidad y la devolución de la causa al Tribunal del que proceda reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta (art. 901. bis a LECrim).

En caso de lesión de derechos fundamentales, como aquí ocurre –sigue la sentencia–, la Sala ha de pronunciarse bien por la absolución, bien por la nulidad con devolución de las actuaciones al Tribunal del que proceda, cuando la lesión sea equiparable en sus efectos al quebrantamiento de forma, situación que es la que aquí concurre.

La valoración de diligencias de investigación extemporáneas no conduce a la absolución, como se pretende en dos de los recursos, sino a la nulidad de actuaciones a partir de la resolución en la que se haya producido la deficiencia determinante de nulidad.

Cuando se produce una infracción procesal determinante de nulidad de actuaciones durante la fase de instrucción, al margen de que se puedan utilizar los recursos ordinarios establecidos en la LECrim, cabe también su invocación en el trámite previsto en el art. 786.2 de la LECrim, en el que expresamente la nulidad es una de las cuestiones que se pueden plantear.

A este respecto conviene recordar que el art. 240 de la LOPJ dispone que la nulidad de actuaciones se hará valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate pero también «por los demás medios que las leyes procesales establezcan» y en el procedimiento abreviado el art. 786.2 citado se regula una audiencia o trámite sanatorio de los vicios procesales que puedan obstar a la válida celebración del juicio, entre los que se encuentra la nulidad de actuaciones

En consecuencia, se declara la nulidad de actuaciones desde el auto de 15/03/2019 inclusive, debiéndose dictarse nueva resolución que acuerde lo procedente en derecho sin tomar en consideración las diligencias extemporáneas identificadas en la sentencia casacional.

Hubo un **voto particular** suscrito por dos magistrados que discreparon, tanto de la estimación del motivo formulado por las defensas, combatiendo el fundamento inculpatorio de la decisión de prosecución del proceso adoptada en su día por el Juzgado Instructor, como

de la nulidad acordada y la retroacción al momento previo al dictado de dicha resolución.

Por su interés, reproducimos sucintamente, el fundamento de la discrepancia:

A nuestro parecer, la decisión adoptada, declarando la nulidad del auto de prosecución del procedimiento por los trámites de la fase preparatoria, ordenando la retroacción de actuaciones para que el juez de instrucción decida si con el material instructor disponible, descontadas o descartadas las diligencias de investigación que se califican de intempestivas, la decisión inculpatoria en su día acordada es sostenible, no solo carece de justificación normativa sino que, como anticipábamos, afecta a la clave de bóveda de nuestro modelo procesal, con graves y sistémicas consecuencias.

No cuestionamos, obviamente, que la intempestividad en la práctica de diligencias instructoras puede impedir el aprovechamiento funcional de los resultados que arrojen para conformar la base indiciaria de la inculpación y ordenar, en consecuencia, la prosecución, *ex* art. 779 LECrim, por los trámites preparatorios del juicio oral. Nos remitimos a la STS 836/21, de 3 de noviembre, en la que se precisa el alcance temporal del principio de adquisición procesal y a las posteriores sentencias de esta Sala que conforman la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión.

Lo que objetamos, contundentemente, es que la intempestividad de las diligencias practicadas pueda discutirse, como una suerte de gravamen inmune al desarrollo del proceso, en el acto del juicio oral, abriéndose la vía para que en la propia instancia o en el recurso que se interponga contra la sentencia pueda apreciarse y ordenarse, como consecuencia, la nulidad de la decisión de prosecución y, con efectos retroactivos, la inutilizabilidad a fines inculpatorios de dichas diligencias.

No puede ser función del tribunal de enjuiciamiento ni, desde luego, del que conozca del recurso contra la sentencia, decidir si la decisión inculpatoria que apertura la fase preparatoria era sólida, o no, por intempestividad de las diligencias practicadas o debilidad de los indicios tomados en cuenta. Como tampoco pueden, ni uno ni otro, revertir decisiones sobreseyentes adoptadas en la fase previa o preparatoria de la mano de las acusaciones que busquen reintroducir en el juicio oral una pretensión acusatoria previamente descartada por el tribunal competente.

Consideramos que ni el Tribunal de enjuiciamiento ni, desde luego, este Tribunal Supremo, conociendo del recurso de casación, son competentes para pronunciarse sobre la tempestividad de las dili-

gencias instructoras. Por la sencilla, pero contundente razón de que al no combatirse el auto de prosecución por intempestividad en la obtención de los indicios que le prestan fundamento, el afirmado gravamen se extinguió. Este no puede sobrevivir a la fase preparatoria del juicio donde debió revelarse y, en su caso, repararse, sin riesgo, como anticipábamos, de alterar toda la estructura de nuestro modelo procesal acusatorio.

De ahí que los únicos tribunales competentes para reparar el afirmado gravamen por intempestividad sean el juzgado de instrucción, por la vía del recurso de reforma contra el auto de prosecución, y la Audiencia Provincial, de la mano del recurso de apelación contra dicha resolución.

Por ello, «la sentencia de la que discrepamos, al validar que se pueda «reabrir» en fase del juicio oral la cuestión relativa a las condiciones temporales de adquisición de las diligencias instructoras, diluye, dicho sea con el debido respeto, el sentido funcional de cada una de las fases del proceso.

Y es que, con tal interpretación, la sentencia convierte a la fase de juicio oral en una suerte de instancia superior que puede revisar y dejar sin efecto todas las decisiones adoptadas en las otras fases del proceso sin perjuicio de su naturaleza y de la función que cumplan en la estructura procesal».

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

DRA. ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal (Acreditada Contratada Doctora)
Universidad Nacional de Educación a Distancia

CIRCULAR 1/2025, DE 26 DE JUNIO, SOBRE LOS DELITOS DE USURPACIÓN Y ALLANAMIENTO DE MORADA Y EL INSTITUTO DE LA CONFORMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

ÍNDICE: I. Consideraciones preliminares.–II. Naturaleza jurídica del procedimiento para el enjuiciamiento rápido.–III. Título competencial del procedimiento ante el Tribunal del Jurado. 1. Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. 2. Regulación legal del título competencial del Tribunal del Jurado. 3. Posición del Tribunal Constitucional. 4. Posición del Tribunal Supremo.–IV. Delito de usurpación. 1. Regulación legal. 2. Delito menos grave de usurpación. 3. Delito leve de usurpación.–V. Delito de allanamiento de morada. 1. Regulación legal. 2. Vigencia del artículo 1.2 d) LOTJ. 3. Compatibilidad entre el artículo 1.2 d) LOTJ y el artículo 795 LECrim: fase de instrucción. 3.1. Incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado. 3.2. Incoación de diligencias urgentes. 3.3. Incoación de diligencias previas. 4. Compatibilidad entre el artículo 1.2 d) LOTJ y el artículo 795 LECrim: fase intermedia. 4.1. Diligencias urgentes: instrucción finalizada con conformidad de la persona acusada. 4.2. Diligencias urgentes: instrucción finalizada sin conformidad de la persona acusada. 4.3. Diligencias urgentes: instrucción no finalizada. 4.4. Derecho a la tutela judicial efectiva. 4.5. Derechos fundamentales e interpretación conjunta de las normas competenciales del Tribunal del Jurado y del procedimiento para el enjuiciamiento rápido.–VI. Conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. 1. Regulación legal. 2. Derogación del artículo 50.1 LOTJ. 3. Momentos procesales para alcanzar una conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.–VII. Conclusiones

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Administración de Justicia presenta deficiencias estructurales que han derivado en un notable incremento de la duración media de los procedimientos judiciales, provocando que en muchas ocasiones el sistema no sea capaz de ofrecer una respuesta ágil, eficaz y útil a la ciudadanía.

En no pocas ocasiones, el legislador ha tratado de solventar esta situación dotando de más recursos personales y materiales a las instituciones que conforman el sector justicia. Al mismo tiempo, se han implementado reformas legislativas encaminadas a ofrecer respuestas alternativas a la judicialización y dotar de mayor rapidez a los procedimientos. Es evidente que hasta la fecha ninguna de esas soluciones ha tenido el éxito esperado. En esa búsqueda de una justicia de calidad, sin merma de los derechos de los justiciables, se ha promulgado la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que incluye todo un conjunto de reformas procesales encaminadas a dotar de agilidad a los procedimientos judiciales, precisamente con la finalidad de alcanzar una justicia que realmente aporte soluciones al conjunto de la sociedad.

En cuanto al orden jurisdiccional penal, la exposición de motivos de la Ley Orgánica deja claro que solo se introducen modificaciones puntuales, subrayando la necesidad de promulgar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal «que diseñe un procedimiento penal del siglo XXI».

Con la finalidad de lograr esa pretendida agilización, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, implementa dos modificaciones de importante calado y que son objeto de análisis en la presente Circular: de un lado, la posibilidad de tramitar los delitos de usurpación y allanamiento de morada por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido; y, de otro, la viabilidad de alcanzar conformidades sin límite penológico alguno.

La trascendencia de las modificaciones implementadas y su acomodación al procedimiento regulado en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, norma que no se ha visto modificada, aconseja la elaboración de criterios específicos sobre dichos aspectos que ya fueron tratados en la Nota Interna 2/2025 de Secretaría Técnica de Fiscalía General de Estado, pero que ahora se desarrollan en la presente Circular con la finalidad de dotarlos de carácter vinculante, garantizando con ello el principio constitucional de unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO

El título III del libro IV LECrim regula, dentro de los procedimientos especiales (artículos 795 a 803), el denominado procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Dicho procedimiento se introdujo en virtud de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, con el fin de dotar al sistema judicial de un cauce rápido y sencillo para ciertos ilícitos penales que, en principio, no requieren una instrucción compleja.

La exposición de motivos de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, se refiere a las diligencias urgentes como «un proceso especial», describiéndolo como un «nuevo procedimiento» completo, con principio y final, pues afirma que se trata de un cauce procedimental «desde la incoación del proceso penal hasta la celebración del juicio oral […] así como la emisión de la sentencia y la tramitación de los eventuales recursos».

La ubicación sistemática del procedimiento para el enjuiciamiento rápido dentro del título III del libro IV LECrim permite catalogarlo como procedimiento penal completo, más allá, incluso, de lo que expresa la exposición de motivos de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, es decir, un procedimiento que tiene un comienzo como diligencias urgentes (artículo 795 LECrim) y una finalización que aparece recogida en el artículo 803 LECrim («de la impugnación de la sentencia»), siendo los trámites del procedimiento abreviado supletorios en todo aquello que no aparezca previsto en la regulación específica. A mayor abundamiento, el hecho de que la LECrim dedique un título específico a esta modalidad procedimental –a continuación del procedimiento abreviado– evidencia que se trata de un procedimiento propio e individualizado, diferente a este y al resto de los que se contemplan en el mismo Libro de la ley rituaria.

En idéntico sentido, la Circular de la FGE núm. 1/2003, de 7 de abril, sostuvo que «la Ley 38/2002 lleva a cabo una redefinición de dos modalidades de procedimiento –abreviado y rápido–, aplicables en función de la gravedad objetiva del delito, su naturaleza, su flagrancia y la complejidad de su instrucción (artículos 757 y 795)», aseverando que «la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) operada por la Ley 38/2002 y la LO 8/2002 –objeto de estudio en esta Circular–, además de crear un nuevo procedimiento especial ha introducido también ciertas modificaciones en el procedimiento abreviado». Por ello, llegó a la conclusión de que «no se trata, como

aquellos, de una mera especialidad del procedimiento abreviado, tendente a acelerarlo. Estamos ante un verdadero proceso especial».

A tenor de lo expuesto, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido se concibe como un procedimiento especial, que tiene unos mecanismos para su incoación, desarrollo y finalización y que no se configura como una especialidad de otro procedimiento, sino como un bloque compacto, un cauce procedimental propio y diferenciado del resto de los contemplados en el ordenamiento jurídico procesal.

III. TÍTULO COMPETENCIAL DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

1. **Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley**

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, dispone que «por encima de concepciones pro o antijuradistas, nuestra Norma Fundamental enlaza el instrumento del jurado, de forma indiscutible, con dos derechos fundamentales: la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, del artículo 23.1 de la Constitución española, y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del 24.2 de nuestro texto fundamental». En relación con este último derecho fundamental, la exposición de motivos de la LOTJ sigue diciendo que «la institución del Jurado es […] una manifestación del artículo 24 de la Constitución que declara que todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; cumple por tanto una función necesaria para el debido proceso, pero lo hace desde una óptica distinta a la que tenía atribuida en su recepción en el Estado liberal burgués; no hay reticencia alguna al juez profesional; no se trata de instaurar una Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los jueces y magistrados de carrera a que se refiere el artículo 122 de la Constitución, sino de establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho-deber de los ciudadanos a participar directamente en la función constitucional de juzgar».

Lo aseverado en la exposición de motivos no es sino corolario de una amplia doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, en virtud de la cual el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley se traduce en que para que un órgano judicial pueda conocer de un asunto, debe haber sido creado previamente por norma legal y dotado de juris-

dicción y competencia. Así lo recuerda la STC 138/1991, de 20 de junio, cuando dispone que «el derecho al llamado juez legal comprende, entre otros extremos, la exclusión en sus distintas modalidades del juez *ad hoc,* excepcional o especial, junto a la exigencia de predeterminación del órgano judicial, así como de su jurisdicción y competencia, predeterminación que debe hacerse por una norma dotada de generalidad y dictada con anterioridad al hecho motivador del proceso y respetando la reserva de ley en la materia (SSTC 47/1982, 47/1983, 101/1984, 111/1984, 44/1985, 105/1985, 23/1986, 30/1986, 199/1987, 95/1988, 153/1988, 106/1989)».

La promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado colmó el mandato constitucional de participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 125 CE. Pero, además, implementó de manera más evidente el derecho constitucional consagrado en el artículo 23.1 CE, que exige la participación directa de las y los ciudadanos en los asuntos públicos. Y todo ello garantizando el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 CE), puesto que no será un órgano creado *ad hoc* y, por tanto, excepcional o especial, el que conocerá de determinados asuntos, sino que se configura el Tribunal del Jurado, su jurisdicción y competencia a través de una norma con rango de ley, garantizando de ese modo la preexistencia del órgano encargado del enjuiciamiento del concreto hecho motivador del procedimiento penal.

2. **Regulación legal del título competencial del Tribunal del Jurado**

El artículo 1 LOTJ regula tanto el ámbito competencial del procedimiento ante el Tribunal del Jurado como la competencia objetiva para el enjuiciamiento ante este tribunal, esto es, el elenco de conductas delictivas que serán tramitadas por dicho procedimiento y enjuiciadas por el órgano lego en derecho.

En concreto, el apartado primero del artículo 1 LOTJ dispone:

El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por esta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas: […]

Acto seguido, el mismo precepto delimita un concreto elenco de ilícitos penales, con su nomen iuris e, incluso, especificando el precepto del Código Penal que describe la conducta delictiva cuya com-

petencia recae en el Tribunal del Jurado. Se trata de un listado, en principio, cerrado y tasado.

Decimos, en principio, por cuanto el artículo 5 LOTJ, bajo el título «determinación de la competencia del Tribunal del Jurado», amplía ese título competencial a otras conductas delictivas en caso de concurrencia de una serie de reglas de conexidad delictiva. De igual modo, en aplicación de esas reglas, excluye del ámbito de conocimiento del Tribunal del Jurado ilícitos penales incluidos en el título competencial recogido en el artículo 1 LOTJ, como sucede en caso de conexidad con el delito de prevaricación.

Además, el Tribunal del Jurado puede terminar conociendo de ilícitos penales diferentes a los previstos en su ámbito competencial en aquellos casos en los que el Ministerio Fiscal o las partes personadas modifiquen sus conclusiones provisionales a la hora de elevarlas a definitivas, puesto que el artículo 48.3 LOTJ dispone lo siguiente:

Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, éste continuará conociendo.

En definitiva, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado será el cauce procesal y, por ende, el Tribunal del Jurado conocerá de las conductas delictivas enumeradas en el artículo 1 LOTJ. Sin embargo, ese elenco de ilícitos penales puede verse ampliado o restringido en función de las reglas de conexidad contempladas en el artículo 5 LOTJ o en función de la calificación jurídica efectuada a la hora de elevar a definitivas las conclusiones provisionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.3 LOTJ. Ello evidencia que el ámbito competencial del Tribunal del Jurado es flexible, en tanto en cuanto ni únicamente puede conocer del listado de delitos contemplado en el artículo 1 LOTJ ni siempre conocerá de los delitos incluidos en este catálogo.

3. **Posición del Tribunal Constitucional**

Partiendo de lo expuesto, sustraer del conocimiento del Tribunal del Jurado un ilícito penal incluido en el listado contemplado en el artículo 1 LOTJ, por tramitarse la investigación y ulterior enjuiciamiento por otro cauce procedimental, podría hacer pensar en una infracción del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. Debe desestimarse esta interpretación.

El Tribunal Constitucional ha señalado, por todas STC 110/2017, de 5 de octubre, que «son las cuestiones relativas a la constitución, jurisdicción y competencia del órgano judicial las que constituyen el

núcleo más básico del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (24.2 CE), pues el derecho fundamental de referencia exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional».

En consecuencia, ya la STC 47/1983, de 31 de mayo, declaró que «el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, siendo, además, doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias».

En la misma línea, la STC 6/1996, de 16 de enero, señaló que «la atribución por Ley de competencia para conocer de un asunto a uno u otro órgano de la jurisdicción ordinaria, no lesiona los derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la Constitución, a diferencia de lo que, en cambio, ocurriría si se atribuyese irrazonada o irrazonablemente a una jurisdicción especial; cabiendo incluso la atribución legal de la competencia a un órgano especializado o centralizado de la jurisdicción ordinaria, pero no por ello menos órgano judicial ordinario, como pueden ser la Audiencia Nacional o los Juzgados Centrales de Instrucción».

El Tribunal Constitucional ha formado un cuerpo de doctrina, del que es exponente la STC 35/2000, de 14 de febrero, por el que «el derecho al juez predeterminado puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al que la ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad (ATC 262/1994, de 3 de octubre). En efecto, según hemos dicho […] en otras ocasiones (por todas SSTC 47/1983, de 31 de mayo y 171/1994, de 7 de junio), la figura del juez predeterminado implica que haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de especial o excepcional, funcionando como garantía de la independen-

cia e imparcialidad de la judicatura, valores constitucionalmente protegidos por tal derecho fundamental, sólo la generalidad y la abstracción y, en definitiva, la impersonalidad de criterios legales apriorísticos, impide la utilización de jueces *ad hoc* y su preexistencia respecto de cada litigio concreto asegura que, una vez determinado en su virtud quién haya de ser el juzgador, se produzca la llamada *perpetuatio iurisdictionis* y no pueda ser privado de su conocimiento».

Así las cosas, constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (por todas vid. STC 156/2007, de 2 de julio) que «las normas sobre competencia y, consecuentemente, la determinación del órgano judicial competente, son materias que conciernen exclusivamente a los tribunales de la jurisdicción ordinaria (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 35/2000, de 14 de febrero, FJ 2, y 126/2000, de 16 de mayo, FJ 4), de modo que al Tribunal Constitucional solamente le corresponde analizar si en el supuesto concreto la interpretación y aplicación de las normas competenciales se ha efectuado de un modo manifiestamente irrazonable o arbitrario (SSTC 136/1997, de 21 de julio, FJ 3; 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2, y 35/2000, 14 de febrero, FJ 2)».

Por consiguiente, no debe confundirse el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (*v. gr.* SSTC 238/1998, de 15 de diciembre; 49/1999, de 5 de abril; 183/1999, de 11 de octubre; 164/2008, de 15 de diciembre).

Esta postura, mantenida sin fisuras a lo largo del tiempo por el Tribunal Constitucional, en relación con el contenido del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley y, en particular, con la competencia del Tribunal del Jurado, coincide con la defendida por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, como es de ver en la STC 156/2007, de 2 de julio, cuando dispone que «en relación con la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 CE), señala el Ministerio Fiscal que la atribución del conocimiento de un asunto a la Audiencia Provincial o al Tribunal del Jurado es una materia de legalidad ordinaria y extraña, por tanto, a la jurisdicción constitucional».

Si bien el cuerpo de doctrina constitucional *supra* referenciado se refiere a la interpretación de las reglas de conexidad del artículo 5 LOTJ, la interpretación que se haga de esas reglas de conexidad implica que el Tribunal del Jurado conozca o deje de conocer de ciertos ilícitos penales, a imagen y semejanza de lo que sucederá a la hora de interpretar la sintonía que debe darse a la modificación del ar-

tículo 795 LECrim manteniendo la vigencia del artículo 1 LOTJ. Consecuentemente, los razonamientos que el Tribunal Constitucional ha efectuado hasta la fecha en relación con las reglas de conexidad, y la consecuente determinación del órgano judicial competente a partir de la aplicación de tales reglas, es perfectamente aplicable al caso que ahora se plantea de acomodación del nuevo artículo 795 LECrim al texto de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo. Buena prueba de lo anterior es el propio tenor literal de las resoluciones citadas, que encaja en el presente supuesto fáctico sin necesidad de retorcer su contenido.

En definitiva, de la misma manera que una interpretación de las reglas de conexidad (artículo 5 LOTJ) puede vedar al Tribunal del Jurado de conocer sobre determinados ilícitos penales incluidos en su título competencial, y no por ello afecta al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, acompasar la aplicación del nuevo artículo 795 LECrim a la vigencia de los artículos 1 y 24.1 LOTJ no supone una afectación a este derecho fundamental, pues nos movemos única y exclusivamente en el campo de las normas procesales de distribución de competencias entre órganos judiciales, cuestión de mera legalidad ordinaria.

4. **Posición del Tribunal Supremo**

A tenor de la doctrina constitucional expuesta, la interpretación fijada en la presente Circular, en cuanto a la compatibilidad entre el artículo 1.2 d) LOTJ y el artículo 795 LECrim, se aleja de una posible vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Pero ello se vislumbra de manera más diáfana cuando se analiza la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La interpretación de las reglas competenciales del Tribunal del Jurado por parte de la Sala de lo Penal ha sido vacilante. La STS 1058/2005, de 28 de septiembre, expresa que «la imposibilidad legal de atribuir la competencia al Tribunal de Jurado por una parte y la ausencia de una norma en la LOTJ que resuelva el problema por otro, nos lleva a hacer uso, por analogía, de la facultad que nos confiere para otros casos el artículo 18.3.º LECrim y declarar la competencia de la Audiencia Provincial para el conocimiento de los dos delitos conexos, solución que parece, además, coherente con el criterio que inspira el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 5 LOTJ, claramente favorable a la extensión de la competencia de los tribunales técnicos a expensas de la de los tribunales populares».

Ese criterio, claramente restrictivo de la competencia del Tribunal del Jurado, cristalizó en fecha 23 de febrero de 2010 en un primer Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, que estableció que «la aplicación del artículo 5.2 c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación. La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura. Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el artículo 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente. Cuando existieran dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuido al Tribunal del Jurado (artículo 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados».

Sin embargo, en fecha 9 de marzo de 2017 la Sala Segunda del Tribunal Supremo publicó un nuevo Acuerdo de Pleno no jurisdiccional en el que se pasó a indicar que «en los casos de relación funcional entre dos delitos (para perpetrar, facilitar ejecución o procurar impunidad), si uno de ellos es competencia del Tribunal del Jurado y otro no, conforme al artículo 5.2.c de la Ley del Tribunal del Jurado, se estimará que existe conexión conociendo el Tribunal del Jurado de los delitos conexos».

Los Acuerdos del Pleno indicados supusieron una clara modificación del título competencial del Tribunal del Jurado, puesto que, en virtud del primero, un delito de allanamiento de morada en concurso medial con un delito de lesiones con deformidad no sería objeto de enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado; mientras que, conforme al segundo, idéntico supuesto fáctico sí sería objeto de enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado.

De igual modo sucedió con la modificación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 5 de febrero de 1999, que establecía que «en aquellos casos en los que se imputan a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con el riesgo de romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá a la

Audiencia Provincial». Posteriormente, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de marzo del año 2017 señaló que «tampoco conocerá el Tribunal del Jurado del delito de prevaricación, aunque resulte conexo a otra competencia de aquél. Pero si podrá conocer, de mediar tal conexión, del delito de homicidio no consumado».

Ante esta interpretación diferenciada de la competencia del Tribunal del Jurado, el Tribunal Supremo –siguiendo la doctrina reseñada del Tribunal Constitucional– ha entendido que ello no implicaba una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pues por Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 20 de julio de 2010 la Sala Segunda del Tribunal Supremo estableció que «los acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante por su nulidad». La STS 854/2010, de 29 de septiembre, afirmó que el Acuerdo de 23 de febrero de 2010 no tenía efecto retroactivo, aunque implicaba una modificación de la competencia para el enjuiciamiento en favor del Tribunal del Jurado, lo que solo podía significar que no implicaba vulneración de derecho fundamental y, por tanto, del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Posteriormente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo modificó su propio criterio y procedió a aplicar con carácter retroactivo el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de marzo de 2017 (vid. SSTS 451/2017, de 21 de junio; 521/2017, de 6 de julio; 683/2017, de 18 de octubre; 84/2018, de 15 de febrero; 234/2018, de 17 de mayo). Ahora bien, el argumento para efectuar esa aplicación retroactiva no fue que una diferente interpretación del articulado de la LOTJ provocase un cambio competencial y, con ello, vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. El argumento se ciñó a entender que el hecho de que los Acuerdos relativos a cuestiones procesales –como el citado– no impliquen la nulidad de actuaciones procesales, por no haberse afectado derecho fundamental alguno, no significa que no deban aplicarse a los procedimientos en tramitación.

Lo expuesto en las líneas precedentes no viene sino a refrendar lo establecido en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008, que afirma lo siguiente:

Conforme al artículo 240.2 apartado 2 de la LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las audiencias provinciales o los tribunales superiores de justicia, en el

procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación del procedimiento, basadas en la vulneración del artículo 5 LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado.

Este Acuerdo ha sido objeto de aplicación en las SSTS 65/2005, de 20 de enero; 166/2007, de 16 de abril; 358/2010, de 4 de marzo; 689/2012, de 20 de septiembre; 822/2013, de 6 de noviembre; 36/2017, de 26 de enero; 234/2018, de 17 de mayo.

Especialmente relevantes son las SSTS 517/2017, de 6 de julio; 942/2016, de 16 de diciembre; y 657/2008, de 24 de octubre, que evidencian que el motivo de que el Tribunal Supremo examine de oficio su propia competencia descansa en estimar que no hay vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley por el hecho de que en la interpretación de normas procedimentales la competencia hubiera recaído en un órgano judicial diferente al Tribunal del Jurado.

Ese criterio ha sido mantenido, igualmente, por la Fiscalía del Tribunal Supremo. Así, la STS 942/2016, de 16 de diciembre, afirma que «como señala el Ministerio Fiscal, esta cuestión relativa a la competencia para el enjuiciamiento de los hechos se ha planteado por primera vez en el recurso de casación sin suscitarse cuestión alguna por ninguna de las partes durante las fases de instrucción, intermedia o en el juicio oral. Por lo tanto, ello plantea como cuestión previa la decisión sobre la extemporaneidad de la reclamación, con independencia de la decisión de fondo sobre la competencia del Tribunal del Jurado o de la Audiencia en este caso». Idéntico alegato fue sostenido por la Fiscalía del Tribunal Supremo en el recurso de casación que dio lugar a la STS 517/2017, de 6 de julio.

En consonancia con lo anterior, cuando el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en relación con alegaciones de infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la hora de delimitar la competencia del Tribunal del Jurado, ha estimado que ello no vulnera este derecho fundamental. Así las cosas, la STS 220/2025, de 6 de marzo, ha afirmado lo siguiente:

De acuerdo con una constante doctrina constitucional, la discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho al juez predeterminado por la ley y, por tanto, los efectos anulatorios de los artículos 11, 238.1 y 240 de la LOPJ. La nulidad es únicamente procedente en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un juez de otro ámbito jurisdiccional, sin

competencia objetiva para la investigación de delitos. Según reiterada jurisprudencia se dará una vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley cuando, infringiendo o manipulando las normas de reparto, un asunto se sustraiga deliberadamente al órgano al que correspondería su conocimiento, para atribuírselo indebidamente a otro, constituido así en un juez *ad hoc,* con quebranto o puesta en riesgo de la garantía del juez imparcial.

En la misma línea, *vid*. SSTS 1108/2024, de 2 de diciembre; 672/2018, de 19 de diciembre; 389/2018, de 25 de julio; 265/2018, de 31 de mayo; 86/2018, de 19 de febrero; 664/2017, de 11 de octubre; 822/2013, de 6 de noviembre; 744/2013, de 14 de octubre; 1053/2013, de 30 de septiembre; 267/2013, de 22 de marzo; 729/2012, de 25 de septiembre; 942/2011, de 21 de septiembre.

En esa línea jurisprudencial consolidada solo resultó disidente la STS 728/2009, de 26 de junio, que, como hemos visto, fue completamente superada por toda la jurisprudencia posterior, que ha mantenido el criterio de no afectación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, como igualmente se venía sosteniendo en las sentencias dictadas con anterioridad en el tiempo.

Por tanto, el Tribunal Supremo ha seguido en sus razonamientos –cada vez que ha tenido que resolver una alegación de vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley– el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional. O, lo que es lo mismo, ha considerado que no se violenta el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley cuando un asunto recae o se sustrae del conocimiento del Tribunal del Jurado por haber efectuado una interpretación de normativa procesal, como sucede en el presente caso en el que se acompasa la modificación operada en el marco del procedimiento para el enjuiciamiento rápido al del Tribunal del Jurado.

IV. DELITO DE USURPACIÓN

1. **Regulación legal**

El apartado quince del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, dispone:

Se añaden dos nuevas letras i) y j) a la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 795, que quedan redactadas como sigue:

i) Delitos de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal.

j) Delitos de usurpación del artículo 245 del Código Penal.

A pesar de esta modificación legal, el artículo 245 CP no ha modificado su tenor literal:

1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.
2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Asimismo, el artículo 13 CP mantiene la redacción introducida en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.
2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.
3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve.
4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.

Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

Finalmente, el apartado cuarto del artículo 33 CP tampoco ha sido alterado por la LO 1/2025: «son penas leves: g) la multa de hasta tres meses».

2. **Delito menos grave de usurpación**

El artículo 245.1 CP tipifica el delito menos grave de usurpación, que se traduce en la modalidad acometida mediante el uso de violencia o intimidación, tipología delictiva que arrastra una penalidad de uno a dos años de privación de libertad.

Al incluirse el delito de usurpación dentro del elenco de conductas a tramitar por el cauce del procedimiento para el enjuiciamiento rápido, no cabe duda de que este ilícito penal puede ser tramitado por la vía procedimental prevista en los artículos 795 y siguientes LECrim, al igual que el resto de delitos que aparecen enumerados en la circunstancia 2.ª del artículo 795.1 LECrim.

3. **Delito leve de usurpación**

El artículo 245.2 CP diseña la modalidad de usurpación inmobiliaria sin uso de violencia o intimidación y recibe la categorización jurídica de delito leve, puesto que, llevando aparejadas unas penas de tres a seis meses de multa [artículo 33.4 g) CP], nos hallamos ante penas que en su límite inferior tienen la condición de pena leve, pero en su límite superior se trata de una pena menos grave, lo que conforme al artículo 13.4 CP provoca que deba considerarse delito leve (Circular de la FGE núm. 1/2015, de 19 de junio).

El artículo 795 LECrim, por mor de la modificación operada en virtud del artículo 20 de la LO 1/2025, incluye ahora el delito de usurpación del artículo 245 CP dentro del elenco de conductas delictivas que pueden tramitarse a través del procedimiento para el enjuiciamiento rápido. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal deja claro que el procedimiento aplicable para todo delito leve es el contemplado en los arts. 964 y siguientes, salvo la posibilidad de incoar juicio inmediato por delito leve, que queda vedado al catálogo de ilícitos penales que contiene el artículo 962 LECrim.

Pues bien, al ser un delito leve el tipo penal previsto en el apartado segundo del artículo 245 CP, el cauce procedimental para su tramitación continuará siendo el previsto en los artículos 964 y siguientes LECrim, por tratarse del procedimiento adecuado para todo delito leve, mientras que el procedimiento para el enjuiciamiento rápido queda limitado a ciertos delitos, todos ellos menos graves.

Lo anterior guarda coherencia con el hecho de que los delitos leves tienen su procedimiento especial contemplado en el libro VI LECrim («procedimiento para el juicio sobre delitos leves»), mientras que el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se ubica en el libro IV LECrim («de los procedimientos especiales»). Esa ubicación sistemática evidencia que el procedimiento regulado en el libro VI LECrim está diseñado para que todo delito leve siga dicho cauce procedimental sin excepción, quedando reservados los demás procedimientos para aquellos delitos que reúnan los parámetros necesarios para su respectiva tramitación.

Igualmente, la lectura del articulado que compone el título III del libro IV LECrim evidencia que la regulación legal no está prevista para los delitos leves. El artículo 795 LECrim utiliza un abanico penológico que abarca delitos sancionados con penas de hasta cinco años de prisión o de hasta diez años de cualquier otra naturaleza, límites que, si bien permiten encajar los delitos leves, se hallan muy por encima de los previstos por el Código Penal para esa clase de delitos.

Asimismo, el artículo 795.1 LECrim recoge como condición para incoar diligencias urgentes que la persona presunta autora de los hechos se halle detenida o citada para comparecer ante el juzgado de guardia, como también prevé el artículo 796 LECrim al tratar las diligencias a practicar por la Policía Judicial, circunstancia que no se acomoda al procedimiento para el juicio sobre delitos leves, pues la detención resulta una medida excepcional *ex* artículo 495 LECrim.

Ni por su ubicación sistemática ni por la literalidad de los preceptos que regulan el procedimiento para el enjuiciamiento rápido puede tramitarse un delito leve por este cauce procedimental. Si a ello se une que la finalidad de la Ley Orgánica 1/2025 es dotar de agilidad a la justicia penal, pretender la tramitación de un delito leve por el cauce de diligencias urgentes generaría el efecto contrario.

En definitiva, el delito leve de usurpación continuará tramitándose por el cauce del procedimiento para el juicio sobre delitos leves.

V. DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

1. **Regulación legal**

Como se ha señalado *supra*, el artículo 20 de la LO 1/2025 introduce en su apartado quince, dentro del ámbito objetivo de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido, los delitos de allanamiento de morada del artículo 202 CP.

No obstante, el artículo 1.2 LOTJ mantiene su tenor literal: «Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal: […] d) Del allanamiento de morada (artículos 202 y 204)».

2. **Vigencia del artículo 1.2 d) LOTJ**

De conformidad con lo señalado en la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, podría plantearse que se ha producido una derogación tácita del artículo 1.2 d) LOTJ, en tanto en cuanto establece que «a la entrada en vigor de la presente ley, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley».

Sin embargo, no puede considerarse que esta disposición derogatoria sea aplicable al citado precepto, y ello por varios motivos.

En primer término, la creación de un órgano judicial, como es el Tribunal del Jurado, y su correspondiente dotación de jurisdicción y competencia, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, es materia que debe regularse en virtud de ley orgánica por afectar a derechos fundamentales *ex* artículo 81.1 CE y, en concreto, al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 CE) y al derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE).

En segundo lugar, el artículo 122.1 CE determina que la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales se regula por ley orgánica. El artículo 83 LOPJ dispone que «el juicio del Jurado se celebrará en el ámbito de la Audiencia Provincial u otros Tribunales y en la forma que establezca la ley»; y en su apartado segundo afirma que «la composición y competencia del Jurado es la regulada en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado».

A la vista del rango normativo de la LO 1/2025, podría entenderse que su disposición derogatoria afectaría al artículo 1.2 LOTJ en relación con el artículo 202 CP. Sin embargo, la disposición final trigésima séptima dispone en su apartado b) que «tienen carácter de ley ordinaria […] los artículos 2 a 22 y 24, así como el apartado dos del artículo 23 que modifica el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores».

Por consiguiente, la modificación que se efectúa del artículo 795 LECrim, al amparo del artículo 20 de la LO 1/2025, procede de una norma con rango de ley ordinaria, que modifica otra ley ordinaria, como es la Ley de Enjuiciamiento Criminal, provocando de ese modo que la disposición derogatoria única no sea aplicable a la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, cuyo artículo 1 ostenta naturaleza orgánica.

Por lo expuesto, la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, no permite considerar derogado el ar-

tículo 1.2 LOTJ ni el artículo 83 LOPJ. Y, en conclusión, no puede entenderse derogada la inclusión del delito de allanamiento de morada (artículo 202 CP) en el ámbito de enjuiciamiento de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

3. **Compatibilidad entre el artículo 1.2 d) LOTJ y el artículo 795 LECrim: fase de instrucción**

3.1 Incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado

Partiendo de la vigencia de ambos preceptos legales [artículos 1.2 d) LOTJ y 795 LECrim], se ha de valorar la compatibilidad de ambas normas procesales en vigor, lo que supone partir de que el delito de allanamiento de morada es competencia del Tribunal del Jurado, pero resulta posible su tramitación por el cauce del procedimiento para el enjuiciamiento rápido (artículos 795 y ss. LECrim), lo que es perfectamente plausible, pues el artículo 24 LOTJ, que ordena incoar procedimiento ante el Tribunal del Jurado cuando nos hallemos ante delito competencia del órgano popular, tiene rango de ley ordinaria conforme a la citada disposición final tercera LOTJ.

La afirmación anterior supone que ante un delito competencia del Tribunal del Jurado, como es el delito de allanamiento de morada, se abren dos cauces procedimentales: incoar procedimiento ante el Tribunal del Jurado o incoar procedimiento de diligencias urgentes.

La primera vía, esto es, la incoación de procedimiento ante el Tribunal del Jurado viene ordenada por el artículo 309 bis LECrim, que señala que «cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querella, así como cuando de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, procederá el juez a la incoación del procedimiento previsto en su ley reguladora, en el que, en la forma que en ella se establece, se pondrá inmediatamente aquella imputación en conocimiento de los presuntamente inculpados».

Asimismo, el artículo 760 LECrim indica que «iniciado un proceso conforme a las normas de esta Ley, en cuanto aparezca que el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento sea competencia del Tribunal del Jurado, se estará a lo dispuesto en el artículo 309 bis».

Y el artículo 24.1 LOTJ dispone que «cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querella, y tan pronto como de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, previa valoración de su verosimilitud, procederá el juez de instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado, cuya tramitación se acomodará a las disposiciones de esta Ley, practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar».

Consecuentemente, cuando un juzgado de instrucción tenga conocimiento de un delito competencia del jurado, como es el delito de allanamiento de morada, lo adecuado será incoar procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Ahora bien, el artículo 24 LOTJ dispone que para poder incoar procedimiento ante el Tribunal del Jurado deviene necesario tener claros dos aspectos: por un lado, que el delito objeto de procedimiento sea competencia del Tribunal del Jurado; y, por otro, que los presuntos autores de los hechos se hallen correctamente identificados (*vid*. Circular FGE núm. 4/1995, de 29 de diciembre, sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado: las actuaciones en el Juzgado de Instrucción).

A los requisitos anteriores debe sumarse que el presunto autor de los hechos que haya sido identificado se encuentre a disposición del juzgado de instrucción, puesto que el artículo 25 LOTJ señala que «incoado el procedimiento por delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, el juez de instrucción lo pondrá inmediatamente en conocimiento de los imputados. Con objeto de concretar la imputación, les convocará en el plazo de cinco días a una comparecencia, así como al Ministerio Fiscal y demás partes personadas», lo que devendrá imposible si al menos uno de los autores no se encuentra identificado y a disposición del órgano judicial para ser citado a la audiencia de imputación.

Por tanto, el primer cauce procedimental será incoar procedimiento ante el Tribunal del Jurado, cuando un delito incluido en el artículo 1 LOTJ –en este caso, allanamiento de morada– se ponga en conocimiento del juzgado de instrucción y del Ministerio Fiscal, siempre que concurran las circunstancias previstas en el artículo 24 LOTJ.

3.2 Incoación de diligencias urgentes

La vía alternativa que se abre con la modificación operada por Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, es la de incoar diligencias urgentes.

La modificación legal permite que, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 795 LECrim, el delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP se tramite por el cauce del procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

Una interpretación integradora obliga a recordar que todo el capítulo III de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (artículos 24 a 51), presenta naturaleza de ley ordinaria (disposición final tercera LOTJ). Esta premisa sitúa el estudio de los artículos 24 LOTJ y 795 LECrim en un plano de igualdad normativa, permitiendo así la exclusión de la aplicación automática de lo dispuesto en el artículo 24.1 LOTJ, es decir, la necesidad de incoar procedimiento ante el Tribunal del Jurado por delito de allanamiento de morada y la posibilidad de incoar diligencias urgentes.

Así las cosas, cuando concurran los requisitos previstos en el apartado primero del artículo 795 LECrim (presentación de atestado policial y detención o citación del investigado ante el juzgado de guardia), el legislador ha hecho viable que se incoen diligencias urgentes para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de allanamiento de morada (artículo 202 CP), excluyendo con ello la obligación de incoar en todo caso el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

Ello conlleva dos consecuencias ineludibles.

La primera es que la única de las modalidades de allanamiento que puede tramitarse por diligencias urgentes es la tipificada en el artículo 202 CP. Queda excluido, por tanto, el tipo del artículo 204 CP, que continúa bajo el paraguas competencial del Tribunal del Jurado.

La segunda, que para poder incoar diligencias urgentes deviene necesario el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 795 LECrim, es decir, que el procedimiento penal se haya incoado por atestado policial y que la Policía Judicial haya puesto al presunto autor de los hechos a disposición judicial o, al menos, que lo haya citado para comparecer ante el juzgado de guardia.

En definitiva, ante un atestado policial por presunto delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP será posible incoar diligencias urgentes, siempre y cuando el presunto autor de los hechos sea detenido o puesto a disposición judicial.

3.3 Incoación de diligencias previas

Partiendo de lo expuesto en los apartados anteriores, hemos visto que son dos las vías para iniciar un procedimiento penal por delito de allanamiento de morada: incoar procedimiento ante el Tribunal del Jurado o procedimiento para el enjuiciamiento rápido. Sin embargo, se incoarán diligencias previas en aquellos casos en los que no resulte

diáfana la subsunción de los hechos en el ámbito competencial del Tribunal del Jurado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 LOTJ, así como cuando el presunto autor de los hechos o uno de los presuntos autores no se encuentre correctamente filiado y a disposición del juzgado de instrucción, por imposibilidad de celebración de la audiencia de imputación prevista en el artículo 25 LOTJ.

4. Compatibilidad entre el artículo 1.2 d) LOTJ y el artículo 795 LECrim: fase intermedia

4.1 Diligencias urgentes: Instrucción finalizada con conformidad de la persona acusada

El artículo 801 LECrim («de la preparación del juicio oral» en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido) dispone:

1. Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad, cuando concurran los siguientes requisitos:

1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación.
2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.
3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia

y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

Consecuentemente, cuando se incoen diligencias urgentes por delito de allanamiento de morada, si la persona acusada, asistida de su letrado, presta su conformidad con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, el juzgado de instrucción en funciones de guardia dictará sentencia de conformidad con la pena interesada en el escrito de acusación reducida en un tercio.

A mayor abundamiento, a tenor de la literalidad del artículo 801.1.2.º LECrim, que exige que el delito objeto de acusación esté castigado con pena de hasta tres años de prisión para poder alcanzar una conformidad ante el juzgado de guardia, dicha conformidad solamente será admisible para el tipo básico del artículo 202.1 CP, puesto que el subtipo agravado del apartado segundo del artículo 202 CP conlleva una pena de prisión de uno a cuatro años.

4.2 Diligencias urgentes: Instrucción finalizada sin conformidad de la persona acusada

El apartado primero del artículo 798 LECrim coloca al juez de instrucción en una doble tesitura sobre el devenir del procedimiento, tras haberse dado audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas. Si considera que las diligencias no son suficientes, habrá de transformar el procedimiento a los trámites de diligencias previas. Si entiende que la instrucción ha finalizado, y el Ministerio Fiscal o alguna acusación así lo interesa, dictará auto de apertura de juicio oral, salvo que considere que procede dictar auto de sobreseimiento o de inhibición a la jurisdicción militar o de menores. Acto seguido, el párrafo primero del artículo 800.2 LECrim dispone:

Abierto el juicio oral, si no se hubiere constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación, o formulará ésta oralmente. El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su escrito de defensa o formulará ésta oralmente, procediendo entonces el Secretario del Juzgado de Guardia sin más trámites a la citación de las partes para la celebración del juicio oral.

El órgano competente para el enjuiciamiento será el juzgado de lo penal, al amparo de lo dispuesto en los artículos 795 y 14.3 LECrim. El artículo 800.3 LECrim señala lo siguiente:

El secretario del juzgado de guardia hará el señalamiento para la celebración del juicio oral en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes, en los días y horas

predeterminados a tal fin en los órganos judiciales enjuiciadores y ajustándose a lo prevenido en el artículo 785.2 de la presente Ley. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para la ordenación, coordinadamente con el Ministerio Fiscal, de los señalamientos de juicios orales que realicen los juzgados de guardia ante los juzgados de lo penal.

Lo anterior supone que, de manera preceptiva y una vez conclusa la fase de instrucción y formulada acusación por el Ministerio Fiscal y/o las acusaciones personadas, el juzgado de instrucción, salvo que acuerde el sobreseimiento o la inhibición a la jurisdicción militar o de menores, deberá dictar auto de apertura de juicio oral y remitir las actuaciones al juzgado de lo penal para su enjuiciamiento.

Todo ello provoca que, una vez que la instrucción haya finalizado y se haya formulado acusación, la única solución procedimental será remitir las actuaciones al juzgado de lo penal para su enjuiciamiento, pues la ley no prevé la mutación del procedimiento en curso en cualesquiera otro de los previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo demás, resultaría un sinsentido sostener que la voluntad del legislador ha sido que, si no se alcanza una conformidad, deba declararse la nulidad de parte de las actuaciones y la retroacción parcial de las mismas. Más aún, cuando el texto normativo proclama que la reforma legal obedece a dotar de agilidad al proceso penal.

Debe hacerse notar, además, que «en el ámbito procesal penal rige la *perpetuatio iurisdictionis,* al menos, tras el auto de apertura del juicio oral que, en el procedimiento abreviado, determina formalmente el órgano que compete para el enjuiciamiento» (STS 964/2011, de 27 de septiembre). A mayor abundamiento, la STS 941/2023, de 20 de diciembre, indica que «cierto que esta Sala ha sido permisiva en orden a admitir el planteamiento de cuestiones de competencia del órgano de enjuiciamiento hasta el inicio del juicio, en el trámite de alegaciones previas previsto en el artículo 786.2 de la LECrim, también lo es que esta Sala viene aplicando el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, para denegar el cambio de competencia cuando la instrucción ha concluido, siempre que no haya una variación de los hechos que justifique el cambio de competencia». En idéntico sentido *vid*. SSTS 941/2023, de 20 de diciembre; 519/2022, de 26 de mayo; 244/2022, de 16 de marzo; 737/2021, de 30 de septiembre; 282/2016, de 6 de abril; 1034/2012, de 26 de diciembre; 1336/2011, de 12 de diciembre; 964/2011, de 20 de septiembre.

Asimismo, debe tenerse presente que, siendo las normas del procedimiento abreviado de aplicación supletoria al procedimiento para

el enjuiciamiento rápido, una vez abierto el juicio oral por el juzgado de instrucción, la jurisdicción queda perpetuada en este órgano judicial, sin que pueda vedarse la opción contemplada en el artículo 786.2 LECrim, pues el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* está pensado para ser aplicado a aquellos supuestos «en los que, aceptada la competencia objetiva por la Audiencia Provincial, bien como consecuencia de una modificación legislativa posterior, bien como resultado de retiradas parciales de la acusación, la pena abstractamente imponible al delito enjuiciado –que otrora determinaba la competencia objetiva para el enjuiciamiento del tribunal provincial– pasaba a señalar al Juzgado de lo Penal como órgano objetivamente competente» (STS 40/2022, de 20 de diciembre).

Teniendo como telón de fondo la regulación procedimental de las diligencias urgentes y el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* –con la salvedad efectuada–, la voluntad del legislador ha sido mantener la competencia del Tribunal del Jurado para conocer del delito de allanamiento de morada, pese a permitir su tramitación por el cauce de las diligencias urgentes al objeto de agilizar la investigación y enjuiciamiento de este tipo de delito cuando se den los requisitos exigidos para su incoación. En consecuencia, utilizada la vía del procedimiento para el enjuiciamiento rápido, deberá seguirse la tramitación completa de este procedimiento especial (artículos 795 a 803 LECrim), que abarca desde su inicio ante el juzgado de instrucción hasta su finalización por sentencia del juzgado de lo penal, salvo conformidad ante el juzgado de guardia. Ello implica que el procedimiento terminará de cualquiera de las formas posibles previstas en la norma procesal, entre las que se halla que no se alcance una conformidad ante el juzgado de guardia o que no sea posible en atención al límite penológico del artículo 801 LECrim, supuesto que aboca a que el enjuiciamiento corresponda al juzgado de lo penal.

En este sentido, la Circular de la FGE núm. 3/1995, de 27 de diciembre, sobre el proceso ante el Tribunal del jurado: Su ámbito de aplicación, ya señaló que «se cuenta así en la actualidad con dos tipos de procesos –el de jurado y los restantes procesos penales– que pueden ser calificados como difícilmente cohonestables. Lo expuesto debe llevar a evitar en lo posible las transformaciones procedimentales. A tales fines, por un lado, solo se incoará el procedimiento especial ante el Tribunal del Jurado cuando exista una completa seguridad acerca de la concurrencia de los requisitos exigidos para ello y, por otra parte, deben fijarse momentos procesales en los que por lo avanzado de la tramitación no pueda ya efectuarse esa transformación, en aras de la celeridad y economía procesal».

Esta interpretación en nada afecta al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha señalado más arriba, y permite implementar la voluntad del legislador de que las diligencias urgentes sea uno de los cauces procedimentales para investigar y enjuiciar el delito de allanamiento de morada.

Consecuentemente, a la vista de la completitud del procedimiento para el enjuiciamiento rápido, de que la *perpetuatio iurisdictionis* se produce desde la apertura de juicio oral, de que con esta interpretación integradora no se produce vulneración alguna de derecho fundamental y de que la *voluntas legislatoris* es la de dotar de agilidad a la investigación y enjuiciamiento del delito de allanamiento de morada, cuando no sea posible alcanzar una conformidad tras la finalización de las diligencias urgentes ante el juzgado de guardia, las y los fiscales informarán a favor de la remisión de las actuaciones al juzgado de lo penal para su posterior enjuiciamiento.

4.3 Diligencias urgentes: instrucción no finalizada

El artículo 798.2.2.º LECrim dice así: «A continuación, el juez oirá a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre cuál de las resoluciones previstas en el apartado siguiente procede adoptar […] 2.º En el caso de que considere insuficientes las diligencias practicadas, ordenará que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado. El juez deberá señalar motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible».

Ello supone que, si llegado el momento procesal previsto en el artículo 798 LECrim, se considerase que la instrucción no ha finalizado y procede la práctica de nuevas diligencias instructoras, el juzgado de instrucción incoará diligencias previas del procedimiento abreviado. Ahora bien, una vez incoado dicho procedimiento penal, el Ministerio Fiscal deberá interesar su adecuación a procedimiento ante el Tribunal del Jurado, conforme a los artículos 760 y 309 bis LECrim, al tratarse de un delito competencia del Tribunal del Jurado, cuya tramitación procedimental solamente es viable por el cauce de procedimiento ante el Tribunal del Jurado o diligencias urgentes.

4.4 Derecho a la tutela judicial efectiva

Como se ha analizado, el hecho de que el delito de allanamiento de morada se acomode a los trámites de diligencias urgentes y, en consecuencia, la eventual sentencia sea dictada bien por el juzgado de

instrucción, en caso de conformidad, bien por el juzgado de lo penal, en caso contrario, no supone una vulneración del artículo 24.2 CE en su vertiente del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Pero tampoco implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en ninguna de sus facetas.

Para el caso de que la persona acusada quisiera prestar su conformidad, el hecho de tramitar la investigación por los trámites del procedimiento para el enjuiciamiento rápido le permite beneficiarse de la reducción de la pena en un tercio (artículo 801 LECrim). Es decir, supondrá un indudable beneficio para el reo, que verá mermada su pena al adecuarse el enjuiciamiento de su conducta antijurídica a los cauces del juicio rápido.

En el supuesto de que la persona acusada no quisiera alcanzar una conformidad y, por tanto, se celebrase el juicio oral, se vería favorecida por la tramitación ágil que viene anudada al procedimiento de diligencias urgentes, consiguiendo una celebración pronta del acto del plenario y, en consecuencia, quedaría plenamente garantizado su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En el caso de que la investigación no pudiera culminarse en el trámite de guardia, las actuaciones se transformarán al procedimiento de diligencias previas y de ahí a los cauces del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, con lo cual, ningún perjuicio se advierte para la persona investigada, con la ventaja de que parte de la investigación ya se habrá practicado, como consecuencia de la agilidad inherente al procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

Que los hechos sean enjuiciados por un juzgado de lo penal, en lugar de por el Tribunal del Jurado, no generará ninguna merma de garantías. Contra una eventual sentencia condenatoria dictada por el/la magistrado/a presidente/a del Tribunal del Jurado se podrá interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia [artículo 864 bis a) LECrim] y recurso de casación ante el Tribunal Supremo [artículo 847.1 a).1 LECrim]. De dictarse sentencia condenatoria por el juzgado de lo penal, contra la misma cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial [artículo 790.1 LECrim] y recurso de casación ante el Tribunal Supremo [artículo 847.1 b) LECrim].

Consecuentemente, en ambos casos queda garantizada la doble instancia y, por ende, el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 CE, siendo cierto que en el segundo caso los motivos del recurso de casación se verían más limitados, pero no por ello deja de garantizarse la doble instancia que se ve colmada con el primigenio recurso de apelación, tal y como establece el ATC 40/2018, de 13 de

abril, y la STC 55/2015, de 16 de marzo, cuando indica –esta última– que «ese derecho fundamental a la doble instancia penal queda garantizado, desde luego, en el recurso de apelación del proceso penal abreviado al que tuvo acceso el demandante de amparo, habiendo señalado este Tribunal que en el mismo se otorgan "plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho; […] conlleva que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo,* no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo* (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FFJJ 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre; STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 7; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 4 c); 10/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 3, y 184/2013, de 4 de noviembre, FJ 7)».

4.5 Derechos fundamentales e interpretación conjunta de las normas competenciales del Tribunal del Jurado y del procedimiento para el enjuiciamiento rápido

Como se ha descrito, la tramitación a través del procedimiento para el enjuiciamiento rápido no solo no vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sino que tampoco infringe el derecho a la tutela judicial efectiva en general y, en concreto, el derecho a la doble instancia. De hecho, la tramitación por diligencias urgentes resulta más beneficiosa para el reo al permitirle la reducción de la pena en un tercio en caso de conformidad, quedando garantizado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

El artículo 3.1 CC enumera los criterios exegéticos de cualquier norma jurídica, traduciéndose en la necesidad de combinar una interpretación gramatical, lógica, histórica, sistemática y finalística. Pues bien, la única interpretación coherente de la modificación del artículo 795 LECrim, manteniendo el tenor literal del artículo 1 LOTJ, lleva a concluir que el delito de allanamiento de morada se podrá tramitar por dos cauces procedimentales: el procedimiento ante el Tribunal del Jurado y el procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

Desde un punto de vista literal, ambos preceptos incluyen esta figura delictiva en el marco competencial, por un lado, del Tribunal del Jurado, pero paralelamente permiten su tramitación por el cauce

de las diligencias urgentes al hallarse entre el elenco de ilícitos penales de su ámbito objetivo de aplicación.

Desde una perspectiva lógico-sistemática, la interpretación de ambos preceptos permite colegir que el delito de allanamiento de morada admite un doble cauce procedimental, puesto que negar el cauce del procedimiento para el enjuiciamiento rápido sería dejar sin contenido el artículo 795.1.2.º i) LECrim.

Desde un prisma finalístico, la *voluntas legislatoris* es la de dotar de agilidad a la investigación y enjuiciamiento del delito de allanamiento de morada, siendo en este punto la única razón de ser de la modificación legislativa operada por la Ley Orgánica 1/2025.

VI. CONFORMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

1. **Regulación legal**

El artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, introduce una nueva redacción al artículo 785 LECrim que en su apartado cuarto dispone: «En la misma comparecencia, las partes podrán pedir al juez, jueza o tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. El juez, jueza o tribunal dictará sentencia de conformidad con la pena manifestada por la defensa y el acusado, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes».

El citado precepto introduce un nuevo artículo 787 ter LECrim cuyo apartado primero contiene el siguiente tenor literal: «Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al juez, jueza o tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. El juez, la jueza o el tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa y el acusado, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes».

Sin embargo, el artículo 50.1 LOTJ señala que «igualmente, procederá la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte

sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objetos de juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales. La pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos».

2. **Derogación del artículo 50.1 LOTJ**

Al amparo de la disposición derogatoria única de la LO 1/2025, puede plantearse si se ha producido una derogación del artículo 50.1 LOTJ, en lo referente al límite penológico para la disolución del jurado por conformidad, al establecer que «a la entrada en vigor de la presente ley, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley».

Al contrario de lo dictaminado en cuanto a la cuestión relativa a la competencia del Tribunal del Jurado, la disposición derogatoria sí resulta aplicable en este caso, lo que encuentra como fundamento la disposición final tercera LOTJ, que preceptúa que «la presente Ley tiene naturaleza de orgánica a excepción del capítulo III, la disposición transitoria segunda y los apartados 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de la disposición final segunda que tienen el carácter de ley ordinaria». Por consiguiente, hallándose el artículo 50 LOTJ dentro del capítulo III, el mismo ostenta naturaleza de ley ordinaria. En consecuencia, al tener el artículo 20 de la LO 1/2025 carácter de ley ordinaria (disposición final trigésima séptima), sí resulta de aplicación su disposición derogatoria.

Teniendo como punto de partida la aplicabilidad de la citada disposición derogatoria, procede entrar a valorar si la misma es aplicable por entender que la nueva redacción de los artículos 785 y 787 ter LECrim –que suprimen el límite penológico a efectos de conformidad– contradice, se opone o resulta incompatible con el redactado vigente del artículo 50 LOTJ.

La respuesta es afirmativa.

Resulta evidente que, si el legislador ha querido eliminar el límite penológico a los efectos de conformidad para el procedimiento penal en general, mantenerlo en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado contradiría el nuevo texto legal, máxime cuando la finalidad de la reforma es agilizar procedimientos judiciales. La exposición de motivos de la LO 1/2025 indica que lo que se pretende con esta modifica-

ción no es otra cosa que facilitar la conformidad, provocando así que resulte de aplicación su disposición derogatoria, máxime cuando el límite punitivo recogido en el artículo 50 LOTJ coincide plenamente con el modificado en el artículo 655 LECrim.

En definitiva, el último inciso del artículo 50.1 LOTJ ha sido derogado en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, por lo que no existe límite penológico para alcanzar una conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

3. **Momentos procesales para alcanzar una conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado**

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, regula el instituto de la conformidad en su artículo 50 y lo contempla como una causa de disolución anticipada del jurado. Ello supone que para poder alcanzar una conformidad en este procedimiento es necesario constituir el órgano colegiado lego en derecho y, tras ello, proceder a su disolución para que el/la magistrado/a presidente/a dicte sentencia de conformidad.

La ubicación sistemática de la conformidad en el artículo 50 LOTJ provoca que la disolución únicamente pueda llevarse a término una vez celebrado el acto de juicio oral, puesto que la LOTJ sigue una regulación cronológica del juicio, comenzando con la lectura de los escritos de acusación (artículo 45); las especialidades probatorias (artículo 46); la posible suspensión del juicio (artículo 47); la elevación a definitivas de las conclusiones provisionales o, en su defecto, su modificación (artículo 48); y, acto seguido, las causas de disolución (artículos 49 y 50).

Sin embargo, en la práctica judicial se han venido desarrollando conformidades sin necesidad de celebración del acto de juicio oral ante el Tribunal del Jurado, conforme a un amplio elenco de resoluciones de las audiencias provinciales (*v. gr.* SAP Cantabria 42/2025, de 4 de febrero; SAP Zaragoza 18/2025, de 20 de enero; SAP Málaga 22/2024, de 23 de diciembre; SAP Toledo 270/2024, de 19 de diciembre; SAP Madrid 709/2024, de 21 de noviembre; SAP León 60/2023, de 7 de febrero; SAP Barcelona 21/2020, de 1 de junio).

Para alcanzar una conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado aparecen diversos momentos procedimentales.

El primero es el de la audiencia preliminar contemplada en el artículo 31 LOTJ («las acusaciones pueden modificar los términos de su petición de apertura de juicio oral»).

A la vista de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 24.2 LOTJ), una interpretación conjunta del artículo 652 LECrim y del artículo 31 LOTJ provoca que resulte factible alcanzar una conformidad en ese momento procesal durante la fase intermedia ante el juzgado de instrucción. Los términos de dicha conformidad, es decir, las modificaciones del escrito de conclusiones provisionales se recogen en la misma audiencia preliminar, quedando sometida su validez a que la persona acusada ratifique posteriormente dicha conformidad ante el/la magistrado/a presidente/a. Celebrada la audiencia preliminar, las actuaciones se elevarán al/a la magistrado/a presidente/a (artículo 34 LOTJ), ante quien la persona acusada deberá ratificar los términos de la conformidad, en cuyo caso se dictará sentencia de conformidad sin necesidad de convocarse al Tribunal del Jurado.

Un segundo momento procesal tiene lugar una vez se hayan remitido las actuaciones al/a la magistrado/a presidente/a para su enjuiciamiento, pero antes de haberse constituido el Tribunal del Jurado. Ello encuentra su fundamento en el artículo 42 LOTJ que indica que «tras el juramento o promesa, se dará comienzo a la celebración del juicio oral siguiendo lo dispuesto en los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», así como en el artículo 688.2 LECrim que prevé la posibilidad de alcanzar una conformidad al inicio de las sesiones de juicio oral (*ex* artículo 24.2 LOTJ).

Un tercer momento es al inicio de las sesiones del juicio oral, en fase de alegaciones previas, conforme al artículo 45 LOTJ, que determina que «el juicio comenzará mediante la lectura por el secretario de los escritos de calificación. Seguidamente el magistrado-presidente abrirá un turno de intervención de las partes para que expongan al jurado las alegaciones que estimen convenientes a fin de explicar el contenido de sus respectivas calificaciones y la finalidad de la prueba que han propuesto». A partir de ese momento, cabe la conformidad, aunque en este caso ya constituido el Tribunal del Jurado, que deberá ser disuelto para que por parte del/de la magistrado/a presidente/a se dicte sentencia de conformidad (artículos 42, 45 y 50 LOTJ en relación con los artículos 680 y ss. LECrim).

La interpretación consolidada que se venía haciendo de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, en lo referente al instituto de la conformidad, no puede verse sino reforzada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero. Como se ha expuesto con anterioridad, la intención del legislador es la de potenciar la conformidad hasta el punto de permitirla sin cortapisa punitiva alguna e, incluso, introduciendo una audiencia preliminar en sede del procedimiento

abreviado como nuevo momento procesal previo al acto de juicio oral, con una clara voluntad de incrementar las oportunidades de alcanzar una conformidad antes de proceder al inicio de las sesiones del plenario. Consecuentemente, las interpretaciones que se venían haciendo, en relación con los momentos procesales en los que se puede lograr una conformidad, sin necesidad de celebrar el acto de juicio oral ante el Tribunal del Jurado, para acto seguido proceder a su disolución, son plenamente conformes con el espíritu de la LO 1/2025.

En definitiva, será posible alcanzar una conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, sin límite penológico alguno, en cuatro momentos procesales diferenciados:

i) En la fase intermedia durante la celebración de la audiencia preliminar.

ii) Una vez remitidas las actuaciones para enjuiciamiento al Tribunal del Jurado, antes de su constitución.

iii) Al inicio de las sesiones de juicio oral, ya constituido el Tribunal del Jurado, procediéndose a su disolución.

iv) Una vez celebrado el acto de juicio oral ante el Tribunal del Jurado, en el momento de elevarse las conclusiones provisionales a definitivas, procediéndose igualmente a la disolución anticipada del jurado.

VII. CONCLUSIONES

1.ª **Principios rectores de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero**

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, introduce una serie de modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la finalidad de dotar de agilidad a los procedimientos penales.

2.ª **Compatibilidad entre el artículo 1.2 d) LOTJ y el artículo 795 LECrim**

La acomodación de la modificación operada en el artículo 795 LECrim a la vigencia del artículo 1 LOTJ permite que el delito de allanamiento de morada pueda seguir el cauce procedimental de diligencias urgentes. Ello no supone una vulneración del derecho al juez

ordinario predeterminado por la ley, pues se trata de una interpretación lógica y razonada de normas sobre atribución de competencias entre órganos judiciales –cuestión de mera legalidad ordinaria–, ni una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, de los derechos a la doble instancia penal y a un proceso sin dilaciones indebidas.

3.ª **Delitos de usurpación del artículo 245 CP**

El delito menos grave de usurpación (artículo 245.1 CP) se tramitará por el cauce del procedimiento para el enjuiciamiento rápido cuando concurran los requisitos fijados en el artículo 795 LECrim.

El delito leve de ocupación inmobiliaria (artículo 245.2 CP) se tramitará por el cauce del procedimiento para el juicio sobre delitos leves, conforme a los artículos 964 y ss. LECrim.

4.ª **Delitos de allanamiento de morada del artículo 202 CP**

El delito de allanamiento de morada (artículo 202 CP) se tramitará por el cauce del procedimiento para el enjuiciamiento rápido cuando concurran los requisitos fijados en el artículo 795 LECrim. De no concurrir estos presupuestos, se incoará procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

En trámite de diligencias urgentes, cuando se considere finalizada la fase instructora, se podrá alcanzar una conformidad con la persona acusada y dictarse sentencia de conformidad por el juzgado de guardia, por el delito de allanamiento de morada del artículo 202.1 CP.

No será posible una conformidad respecto del delito de allanamiento de morada del artículo 202.2 CP, por lo que las actuaciones deberán remitirse para su enjuiciamiento al juzgado de lo penal.

En trámite de diligencias urgentes, cuando se considere finalizada la fase instructora y no se alcance una conformidad con la persona acusada por delito de allanamiento de morada del artículo 202.1 CP, se remitirán las actuaciones para su enjuiciamiento al juzgado de lo penal.

En trámite de diligencias urgentes, cuando se considere que la instrucción no ha finalizado, procederá interesar la transformación en diligencias previas del procedimiento abreviado y, una vez en sede de este procedimiento, se interesará la transformación a procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

5.ª **Conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado**

En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado será posible alcanzar una conformidad sin límite penológico alguno.

Será posible alcanzar una conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, sin límite penológico alguno, en cuatro momentos procesales diferenciados:

i) En la fase intermedia durante la celebración de la audiencia preliminar.

ii) Una vez remitidas las actuaciones para enjuiciamiento al Tribunal del Jurado, antes de su constitución.

iii) Al inicio de las sesiones de juicio oral, ya constituido el Tribunal del Jurado, procediéndose a su disolución.

iv) Una vez celebrado el acto de juicio oral ante el Tribunal del Jurado, en el momento de elevarse las conclusiones provisionales a definitivas, procediéndose igualmente a la disolución anticipada del jurado.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en relación con los delitos de usurpación y allanamiento de morada, así como con el instituto de la conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, los/as Sres./as. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

INSTRUCCIÓN 1/2025, DE 26 DE MAYO, SOBRE EL/LA FISCAL DE SALA COORDINADOR/A DE DERECHOS HUMANOS Y MEMORIA DEMOCRÁTICA Y SOBRE LAS SECCIONES ESPECIALIZADAS EN LAS FISCALÍAS TERRITORIALES

ÍNDICE: I. Introducción.–II. La especialización en derechos humanos y memoria democrática. 1. Fundamento. 2. Marco competencial. 2.1. Criterio subjetivo: la consideración de víctima del art. 3 LMD. 2.2. Criterio objetivo: procedimientos y actuaciones a las que se refiere la LMD. 2.2.1. Jurisdicción penal. 2.2.2. Especial referencia a la búsqueda, localización e identificación de personas desaparecidas. 2.2.3. Jurisdicción civil. 2.2.4. Registro Civil. 2.2.5. Jurisdicción contencioso-administrativa. 2.2.6. Otras competencias en materia de atención y reparación a las víctimas. Las diligencias de reparación. 2.2.7. Disolución de asociaciones.–III. El/La Fiscal de Sala Coordinador/a de Derechos Humanos y Memoria Democrática.–IV. Las secciones especializadas de Derechos Humanos y Memoria Democrática de las fiscalías territoriales. 1. Organización. 2. Funciones.–V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La especialización del Ministerio Fiscal se ha convertido, sin duda, en una de las señas de identidad de la institución, particularmente tras el definitivo impulso recibido con la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Este proceso se había iniciado algunos años antes con la creación de las figuras del Fiscal de Sala Delegado contra la Violencia sobre la Mujer por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; del Fiscal de Sala contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protec-

ción del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales en virtud de la Ley 10/2006, de 28 de abril; del Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral (hoy Seguridad y Salud en el Trabajo) por Real Decreto 1552/2005, de 23 de diciembre; y de los Fiscales de Sala Coordinadores de Seguridad Vial y Extranjería (actualmente Trata de Personas y Extranjería) en virtud del Real Decreto 709/2006, de 9 de junio.

Asimismo, la Instrucción de la FGE núm. 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE, dispuso la designación de fiscales de sala delegados para cada orden jurisdiccional, así como para determinadas materias de especial interés, como protección a las víctimas, menores, vigilancia penitenciaria o delitos económicos.

Siguiendo la Instrucción de la FGE núm. 5/2008, de 18 de diciembre, sobre adaptación del sistema de nombramiento y estatuto de los Delegados de las Secciones Especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de especialización delegadas tras la reforma operada por Ley 27/2007, de 9 de octubre, pueden distinguirse en la actualidad tres modelos de especialización: i) el de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías Especiales (Antidroga y contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada); ii) el de los fiscales de sala coordinadores del art. 20 EOMF, bien ostenten rango legal o reglamentario; iii) el de los fiscales de sala delegados por designación del Fiscal General del Estado en el ejercicio de las facultades organizativas que le confiere el art. 22.3 EOMF.

A través de la experiencia de más de dos décadas, este modelo de especialización se ha afianzado como una valiosa herramienta para garantizar el principio constitucional de unidad de actuación y, con él, el de igualdad de toda la ciudadanía ante la ley, al tiempo que para ofrecer una respuesta integral, dinámica, cualificada, particularmente capacitada, coordinada y eficaz ante los fenómenos más complejos y las más específicas necesidades de una sociedad democrática que se encuentra en constante evolución.

La especial sensibilidad de la sociedad española hacia los derechos humanos ha tenido reflejo en la creación, por el art. 28 y la disposición final primera de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (en adelante LMD), de la figura del Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática, incluida en el nuevo art. 20.2 ter EOMF e incardinada, por tanto, con rango de ley en el segundo de los citados modelos.

II. LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHOS HUMANOS Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

1. **Fundamento**

Tanto el art. 28 LMD como el art. 20.2 ter EOMF combinan en la nomenclatura del Fiscal de Sala Coordinador –y, por ende, de la nueva especialidad– los derechos humanos y la memoria democrática, pues, como veremos, esta no es sino una expresión o manifestación específica de aquellos.

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) a partir de la segunda mitad del siglo XX y, en particular, tras la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, así como la progresiva creación de un sistema internacional de protección, supuso un cambio de paradigma que ubica al individuo como sujeto de un conjunto de derechos considerados como de interés colectivo de la sociedad internacional y derivados de su propia dignidad, al tiempo que impone a los Estados la obligación de garantizar su disfrute.

Siguiendo la Resolución 60/251 de la Asamblea General de la ONU de 3 de abril de 2006, por la que se establece el Consejo de Derechos Humanos, podemos definirlos como aquellos consustanciales a todos los seres humanos por el mismo hecho de serlo, sin distinción alguna, que se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad inherente a toda persona y que gozan de las características de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia.

El DIDH se configura como un conjunto de normas dirigidas a la protección internacional de la persona, que pueden categorizarse en normas primarias o sustantivas –declaraciones de derechos– y normas secundarias o procesales, incluyendo sus normas estatutarias y de funcionamiento. Asimismo, junto al sistema universal de protección, básicamente constituido por el sistema de Naciones Unidas, encontramos los subsistemas regionales: europeo, interamericano y africano. Por su parte, el llamado Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) está constituido por aquellas normas que, por razones humanitarias, tienen como finalidad limitar los efectos que producen los conflictos bélicos y proteger a las personas y los bienes afectados o que pudieran resultar afectados por ellos.

La prohibición de las violaciones de los derechos humanos, así como las obligaciones positivas y negativas de los Estados de preve-

nirlas, evitarlas y perseguirlas, se encuentran recogidas en distintos instrumentos internacionales, tales como la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (BOE 8 de febrero de 1969); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977) y su Protocolo Facultativo de 16 de diciembre de 1966 (BOE 2 de abril de 1985); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (BOE 9 de noviembre de 1987) y su Protocolo Facultativo de 18 de diciembre de 2002 (BOE 22 de junio de 2006); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 (BOE 18 de febrero de 2011); el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE 27 de mayo de 2002); el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE 10 de octubre de 1979).

Al margen de aquellas graves y manifiestas violaciones, estos y otros Convenios y Tratados obligan también a los Estados a respetar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en el marco de actuación de todos los poderes públicos, incluida la Administración de justicia. En este ámbito, la concepción de la memoria democrática como una expresión de los derechos humanos ha sido ampliamente reconocida por el derecho internacional contemporáneo.

El informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición correspondiente al año 2020 se dedica monográficamente a los procesos de memorialización en el contexto de graves violaciones de los derechos humanos y del DIH. En él se destaca que los procesos de memoria no solo contribuyen a construir culturas democráticas en las que se respeten los derechos humanos, sino que también cumplen con la obligación legal de los Estados de garantizarlos. Esta idea se refuerza en su informe de 2023, en el que se afirma que «la memorialización tiene por objeto preservar y transmitir a las generaciones presentes y futuras relatos precisos y exhaustivos de las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado y del daño sufrido por todas las víctimas, con miras a informar a la sociedad, devolver la dignidad a las víctimas, promover la recuperación y la reconciliación y prevenir la repetición de violaciones». El informe alerta de que «sin memoria no se harán plenamente efectivos los

derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación integral, ni habrá garantías de no repetición».

La Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, por la que se aprueban los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, contempla los procesos de memorialización como una parte del derecho a la reparación, estrechamente vinculado con el derecho a la verdad. Precisamente por ello, entre las formas de satisfacción a las víctimas incluye medidas como la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; una declaración oficial o una decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; disculpas públicas, incluido el reconocimiento de hechos y la aceptación de la responsabilidad; conmemoraciones y homenajes a las víctimas; así como otras medidas en materia educativa y de formación que incluyan información precisa sobre las violaciones de los derechos humanos.

En la misma línea, el informe de 2014 de la Relatora Especial sobre los derechos culturales se centra en los procesos de preservación de la memoria histórica, pues los mismos «pueden fomentar una cultura de participación democrática al estimular el debate sobre la representación del pasado y sobre los desafíos contemporáneos que representan la exclusión y la violencia».

La conciencia de que la preservación de la memoria histórica sirve para luchar contra la injusticia y promover la reconciliación ya se había expresado en la Declaración de Durban de la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas contra la intolerancia (2001), en la que los Estados subrayaron que «recordar los crímenes e injusticias del pasado, cuando quiera y dondequiera que ocurrieron […] y decir la verdad sobre la historia son elementos esenciales para la reconciliación internacional y la creación de sociedades basadas en la justicia, la igualdad y la solidaridad».

El Comité de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE), en su Recomendación 1736 (2006), adoptada en París el 17 de marzo de 2006, condenó con firmeza las violaciones de los derechos humanos perpetradas en España por la dictadura franquista. De acuerdo con ella, «la comunidad internacional está tan afectada como España por este problema. La protección de los derechos humanos representa uno de los valores universales fundamentales. La violación

de los derechos humanos no puede ser considerada únicamente como un asunto interno de un país. El conocimiento de la Historia es necesario para impedir que se repitan los errores. La evaluación moral y la condena de los crímenes cometidos desempeñan, además, un papel importante en la educación de las jóvenes generaciones».

También la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 2019, sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa, considera que «deben mantenerse vivos los recuerdos del trágico pasado de Europa, con el fin de honrar la memoria de las víctimas, condenar a los autores y establecer las bases para una reconciliación basada en la verdad y la memoria», al tiempo que «expresa su profundo respeto por cada una de las víctimas de estos regímenes totalitarios y pide a todas las instituciones y agentes de la Unión que hagan todo lo posible para asegurarse de que los atroces crímenes totalitarios contra la humanidad y las graves violaciones sistémicas de los derechos humanos sean recordados y llevados ante los tribunales, y que garanticen que estos crímenes no vuelvan a repetirse jamás», haciendo hincapié en «la importancia de mantener viva la memoria del pasado, pues no puede haber reconciliación sin memoria».

El preámbulo de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, declara que «la ciudadanía tiene actualmente el derecho inalienable al conocimiento de la vedad histórica sobre el proceso de violencia y terror impuesto por el régimen franquista, así como sobre los valores y los actos de resistencia democrática que llevaron a cabo quienes cayeron víctimas de su represión», siendo por ello uno de los objetivos de la ley el de «preservar y mantener la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista, a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, el establecimiento de la justicia y fomento de la reparación y el restablecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo». Y, en relación con el derecho a la justicia, se insiste en que el mismo «habrá de ser garantizado a través de investigaciones públicas que esclarezcan las violaciones de derechos humanos producidas durante la Guerra y la Dictadura».

El art. 1.1 LMD define la memoria democrática como el «conocimiento de la reivindicación y defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales a lo largo de la historia contemporánea de España, con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales».

En consecuencia, se establecen como objetivos de la ley «la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática» (art. 1.1 LMD) y «el reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el periodo comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, así como promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva, adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre la ciudadanía y promover lazos de unión en torno a los valores, principios y derechos constitucionales» (art. 1.2 LMD).

La LMD se articula en torno a los principios internacionales de «verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, así como en los valores democráticos de concordia, convivencia, pluralismo político, defensa de los derechos humanos, cultura de paz e igualdad de hombres y mujeres» (art. 2.1).

La norma legal dedica expresamente a la justicia el Capítulo II del Título II, que contiene dos preceptos.

El primero de ellos, el art. 28 LMD, establece la creación de «un Fiscal de Sala para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura», al que se atribuyen «funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización».

Esta previsión se implementa con la inclusión de un nuevo art. 20.2 ter EOMF en la disposición final primera LMD.

El segundo de los preceptos, el art. 29.1 LMD, impone al Estado la obligación de garantizar, desde la justicia, «el derecho a la investigación de las violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la Guerra y la Dictadura, así como el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la entrada en vigor de la Constitución Española». Y añade que «el Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática intervendrá en su caso en defensa de la legalidad y de los derechos humanos».

El apartado segundo de este precepto se refiere a la tutela judicial civil a través del nuevo expediente de jurisdicción voluntaria relativo a las declaraciones judiciales de hechos pasados, mientras que el apar-

tado tercero viene dedicado a las inscripciones de defunción de las personas desaparecidas como consecuencia de la guerra y la represión de la dictadura.

El derecho a la justicia y el correlativo deber de investigar integran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en su vertiente de acceso a la jurisdicción que, por imperativo del art. 10.2 CE, se conectan directamente con el derecho a un recurso efectivo consagrado en el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), e interpretado de conformidad con la Observación General n.º 31 del Comité de Derechos Humanos, de acuerdo con la cual «el hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto». Dicha obligación de investigar viene también recogida en el art. 12 de la Convención contra la Tortura, así como en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas) o en los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas).

Asimismo, el derecho a la justicia está íntimamente vinculado con el derecho a la verdad, cuyo reconocimiento es una tendencia clara en el derecho internacional.

La citada Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas declara que las víctimas deben tener derecho a conocer las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las graves violaciones del DIH, así como a conocer la verdad sobre dichas violaciones.

En esta línea, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha recordado que las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y los miembros de sus familias ostentan el derecho a conocer la verdad sobre los hechos acaecidos (Resolución 2005/66, de 20 de abril de 2005, de la Comisión; Decisión 21/105, de 27 de noviembre de 2006; Resoluciones 9/11, de 24 de septiembre de 2008, y 12/12, de 12 de octubre de 2009). Derecho que ha sido reconocido, asimismo, por el Comité de Derechos Humanos [asuntos Mariam, Philippe, Auguste y Thomas Sankara c. Burkina Fasso (com. 1159/2003); Schedko y Bodarenko c. Bielorrusia (com. 886/1999)]. En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolu-

ción 68/165, de 18 de diciembre de 2013, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

También recogen este derecho el art. 24.2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; la Observación General n.º 3 (2012) del Comité contra la Tortura y el art. 32 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra. De igual manera, a él se ha referido el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que en su informe Estudio sobre el derecho a la verdad (2006) lo considera un derecho inalienable, autónomo, inderogable y no sujeto a limitaciones.

Por su parte, el Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, aprobado el 8 de febrero de 2005 por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, reconoce expresamente el derecho a la verdad, tanto de las víctimas como de la sociedad, como salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones, consagrando el derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar y el derecho de las víctimas a saber (principios 2 a 4).

No solo las víctimas, directas o indirectas, de las violaciones de los derechos humanos incluidas en el ámbito del art. 3 LMD ostentan el derecho a la justicia y a la verdad, de los que trae causa directa el deber de investigar del art. 29.1 LMD. El titular de estos derechos es toda la sociedad, pues los bienes jurídicos protegidos por los crímenes contra la humanidad revisten tal calado, tal importancia, que afectan e interpelan al conjunto de la comunidad internacional. Existe en ellos, pues, una víctima individual o concreta y una víctima colectiva, difusa, que integra a toda la sociedad.

Por ello, el art. 15.1 LMD reconoce el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad en su conjunto cuando declara que «a los efectos de esta ley, se reconoce el derecho de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, a la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones del Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y de la Dictadura y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima y al esclarecimiento de su paradero».

El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la verdad, que vincula con el derecho a una investigación efectiva, en el sentido de que las violaciones de los derechos humanos, además de afectar a las víctimas directas o indirectas, tienen también incidencia sobre intereses más amplios, afectando a las condiciones de convi-

vencia de la comunidad en su conjunto. Así, la STEDH de 13 de diciembre de 2012 (El-Masri c. ex República Yugoslava de Macedonia) señala «la gran importancia del presente asunto no solo para el recurrente y su familia, sino también para las otras víctimas de crímenes similares y para la sociedad en general, que también tiene derecho a saber qué fue lo que pasó». De este modo, el derecho a la verdad no pertenece únicamente a la víctima del delito y a su familia, sino también a otras víctimas de violaciones similares y al público en general, que tiene derecho a saber lo que ocurrió (*vid*. SSTEDH Abu Zubaydah c. Lituania; asociación 21 de diciembre de 1989 c. Rumanía; Janowiec y otros c. Rusia).

España ha ratificado la práctica totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos y es referente por el grado de desarrollo de su sistema de protección y garantía. Nuestra propia Constitución ha acogido expresamente en su art. 10.2 la naturaleza hermenéutica y el valor interpretativo del DIDH, sin perjuicio de su aplicación directa conforme al art. 96.1 CE y la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Por su propia configuración constitucional como institución garante de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía, el Ministerio Fiscal ha sido llamado a erigirse en una pieza clave y un actor primordial dentro de nuestro sistema nacional de protección. La importancia de las misiones conferidas por el art. 124 CE, así como la flexibilidad que le otorga su propio andamiaje estatutario, le permite intervenir en los más diversos espacios procesales, extraprocesales e institucionales con el fin de garantizar la satisfacción del interés público y social y, como cúspide de todo ello, la defensa efectiva y proactiva de los derechos humanos.

La indudable trascendencia de esta función para el Estado de derecho, para la realización de los principios y valores constitucionales y para la pacífica convivencia democrática exige un particular desarrollo y atención por parte de la Fiscalía General del Estado. Sin duda, la herramienta más valiosa para ello es la especialización, pues redunda en una más profunda formación, una mayor coordinación y una más efectiva respuesta del Ministerio Fiscal. Al tiempo, su impulso visibiliza ante la sociedad –y ante la propia comunidad internacional– el compromiso reforzado de la institución con la protección de los derechos humanos y con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país, garantizando o coadyuvando a la garantía de los más elevados estándares de actuación de los poderes públicos, incluida la Administración de justicia.

2. **Marco competencial**

2.1 Criterio subjetivo: la consideración de víctima del art. 3 LMD

Como criterio general, la competencia de la especialidad de derechos humanos y memoria democrática se extiende a todos aquellos procedimientos y actuaciones derivados de la aplicación de la LMD [art. 20.2 ter.a) EOMF], debiendo entenderse por tales aquellos que se refieran o que afecten directa o indirectamente, individual o colectivamente, a las víctimas enumeradas en el art. 3 LMD.

El apartado 1 del citado precepto, claramente inspirado en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, establece una definición general de víctima a los efectos de la ley: «toda persona, con independencia de su nacionalidad, que haya sufrido individual o colectivamente, daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la posterior Guerra y la Dictadura, incluyendo el transcurrido hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978».

Nos encontramos, por un lado, con un elemento de carácter objetivo –la existencia de una violación de las normas internacionales de derechos humanos y del DIH que haya provocado en una persona o colectivo daños físicos, morales, psicológicos o patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales– y un elemento temporal, que abarca desde el 18 de julio de 1936 al 29 de diciembre de 1978.

Esta delimitación temporal encuentra justificación en circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto de los llamados crímenes contra la humanidad, esto es, que la lesión a los bienes jurídicos traiga causa de hechos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido, en este caso por motivos políticos, en el marco de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas con la intención de mantener ese régimen (STS 798/2007, de 1 de octubre).

Por ello, la lesión del bien jurídico se ha de producir no solo durante el golpe de Estado, la guerra y la dictadura, sino también

como consecuencia directa de ellas, tal y como se desprende tanto del espíritu como de la propia literalidad de la norma. De esta manera, comprende tanto a las víctimas de violaciones del DIH cometidas durante el conflicto armado como a las de distintos actos o manifestaciones de violencia, persecución y/o represión, vulneradores del DIDH, perpetrados como parte de un plan o política desde las estructuras del Estado o amparados por ellas durante el régimen dictatorial y hasta la entrada en vigor de la Constitución.

El art. 3.1 LMD recoge, tras la definición general, un catálogo de hechos en los que se concretan esas violaciones de los derechos humanos: homicidios, asesinatos y desapariciones forzadas; privaciones de libertad, detenciones arbitrarias, torturas y malos tratos; deportación, trabajos forzosos e internamientos en campos de concentración; exilio; represión económica, incautaciones de bienes, sanciones económicas, inhabilitaciones y extrañamiento; represión por razón de la orientación o identidad sexual; depuraciones y represalias como consecuencia de la actividad política; sustracción de menores; persecución por motivo del uso o difusión de la lengua propia; persecución o violencia por motivos de conciencia o creencias religiosas; represalias por prestar asistencia a víctimas en peligro. Se incluyen expresamente colectivos como el de los participantes y colaboradores de la guerrilla antifranquista o los militares pertenecientes a la Unión Militar Democrática.

Los apartados 5 y 6 del precepto se refieren también a determinadas instituciones, organismos, asociaciones y personas jurídicas víctimas de la represión, como partidos políticos, sindicatos, instituciones de autogobierno catalana y vasca, corporaciones locales, minorías étnicas, asociaciones feministas de mujeres, instituciones educativas o agrupaciones culturales, así como a bienes inmateriales como las lenguas y las culturas vasca, catalana y gallega.

El concepto de víctima se extiende a sus familiares: cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado (art. 3.3 LMD). En efecto, ya el art. 2.b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD), acoge este mismo criterio en los casos de muerte o desaparición de la persona.

En todo caso, la consideración de víctima es independiente de la existencia o no de autoría conocida de las violaciones de sus derechos (art. 3.2 LMD).

2.2 Criterio objetivo: procedimientos y actuaciones a las que se refiere la LMD

Sin perjuicio de una premisa general, se hace necesario determinar cuáles son aquellos procedimientos y actuaciones a que se refiere la LMD y a los que hace alusión el art. 20.2 ter a) EOMF, que –como se verá a continuación– comprenden distintas jurisdicciones y presentan un carácter heterogéneo.

2.2.1 *Jurisdicción penal*

El marco competencial abarca aquellos procedimientos que tengan por objeto «hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura» [arts. 28 LMD y 20.2 ter c) EOMF].

Las violaciones manifiestas de los derechos humanos son objeto del llamado «núcleo duro» del DIDH y DIH, amparado por normas de *ius cogens.* Constituyen los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y se encuentran recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 y ratificado por España mediante Instrumento de 19 de octubre de 2000 (BOE 27 de mayo de 2002).

Conjugando este criterio con el recogido en el apartado anterior, será competencia de la especialidad la intervención en los procedimientos judiciales y diligencias de investigación seguidos por hechos que *prima facie* pudieran ser incardinables en las conductas descritas en los capítulos II, II bis y III del Título XXIV del Libro II del Código Penal, esto es, delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluyendo los delitos conexos, siempre que afecten a víctimas incluidas en el art. 3 LMD.

Asimismo, serán competencia de la especialidad de derechos humanos y memoria democrática aquellos procedimientos seguidos por hechos que, relacionados con la materia propia de la LMD, pudieran ser constitutivos de cualesquiera de los delitos previstos en el art. 510 CP, siempre que vengan referidos a alguna de las víctimas enumeradas en el art. 3 LMD. En tales supuestos, el conocimiento y control inicial de los atestados policiales relativos a estos hechos corresponderá a los fiscales delegados contra los delitos de odio y discriminación al objeto de asegurar el principio de unidad de actuación

y la imprescindible colaboración en el seno del Ministerio Fiscal, así como de facilitar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Todo ello sin perjuicio de la definitiva competencia, en su caso, de las secciones especializadas de Derechos Humanos y Memoria Democrática cuando concurran los requisitos *supra* reseñados.

Por lo que respecta a las sustracciones de menores recién nacidos, los mismos se incluyen como víctimas en el art. 3.1.h) LMD, siempre y cuando se den los requisitos objetivos, temporales y contextuales ya descritos. A estos supuestos les seguirán siendo de aplicación las disposiciones de la Circular de la FGE núm. 2/2012, de 26 de diciembre, sobre unificación de criterios en los procedimientos de sustracción de menores recién nacidos. Los procedimientos judiciales y diligencias de investigación incoados por estos hechos continuarán siendo despachados por los fiscales encargados de la llevanza de estos asuntos (generalmente, los fiscales de menores), habida cuenta de la experiencia acumulada durante estos más de doce años y a fin de dar continuidad a la organización y al sistema ya establecido en las distintas fiscalías.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando se trate de una víctima del art. 3.1.h) LMD, el/la fiscal delegado/a de menores o, en su caso, el/la fiscal encargado/a del asunto lo pondrá en conocimiento del fiscal delegado de derechos humanos y memoria democrática, quien a su vez dará cuenta a la Unidad Especializada a fin de realizar el correspondiente seguimiento.

2.2.2 *Especial referencia a la búsqueda, localización e identificación de personas desaparecidas*

El art. 3.1 a) LMD recoge, entre el catálogo de víctimas a que se refiere la Ley, a «las personas fallecidas o desaparecidas como consecuencia de la Guerra y la Dictadura».

Nuestro país ha ratificado la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, mediante Instrumento de 14 de julio de 2009 (BOE 18 de febrero de 2011), por lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

El art. 2 de la Convención define la desaparición forzada como «el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de

libertad o del ocultamiento de su suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley».

De acuerdo con su art. 5, «la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable».

Por su parte, el art. 24 de la Convención reconoce a la víctima –entendiendo como tal tanto a la persona desaparecida como a quien haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada– «el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y los resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida», imponiendo a los Estados parte la obligación de tomar medidas adecuadas a este respecto, así como para garantizar «la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos».

Ya la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, había considerado que «las desapariciones forzadas afectan a los valores más profundos de toda la sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad», y proclamaba en el art. 1.1 que «todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana». Su art. 9.1 establecía el derecho a un recurso judicial rápido y eficaz como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad.

Asimismo, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la citada Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas, incluyen dentro del contenido del deber de satisfacción a las víctimas «la búsqueda de las personas desaparecidas […] y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad» [párrafo 22.c)].

En cumplimiento de todo lo anterior, el art. 16 LMD impone a la Administración General del Estado la obligación de llevar a cabo «la búsqueda de personas desaparecidas durante la Guerra y la Dictadura,

sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad».

La LMD otorga al Ministerio Fiscal funciones de impulso de los procesos de búsqueda de víctimas de los hechos investigados para lograr su debida identificación y localización, en coordinación con los órganos de las distintas Administraciones con competencias en materia de memoria democrática (art. 28).

Por ello, cuando se produzca el hallazgo de restos humanos, bien sea de manera casual (art. 21.1 LMD), bien por la autoridad administrativa competente como consecuencia de los procedimientos de localización (art. 22.1 LMD), la Ley obliga a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal y las autoridades administrativas y judiciales competentes. Igualmente, el art. 24 LMD impone a la Administración General del Estado la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal «la existencia de indicios de comisión de delitos que se aprecien con ocasión de las localizaciones e identificaciones a que se refiere la ley».

La competencia de la especialidad comprende la recepción de aquellas comunicaciones y la intervención en cualesquiera actuaciones procesales o extraprocesales que se deriven de ellas, así como de las que, en su caso, se hubieran remitido al órgano judicial.

Una vez recibidas las mismas, en el caso de que el órgano judicial no hubiera incoado procedimiento alguno, los fiscales deberán incoar las oportunas diligencias de investigación preprocesal, sujetándose a lo establecido en la Circular de la FGE núm. 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal. Este es el criterio seguido también por la Circular de la FGE núm. 2/2012, de 26 de diciembre, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, de acuerdo con el cual «la apertura de diligencias […] habrá de acomodarse a los cauces previstos para las diligencias de investigación, pues *prima facie* tendrán por objeto el esclarecimiento de hechos que de confirmarse serían constitutivos de delito. Por ello no deberán los Sres. Fiscales en estos casos incoar diligencias preprocesales y siempre habrán de abrir diligencias de investigación y someterse a sus requisitos».

En el seno de estas diligencias, los fiscales remitirán la información recibida a las autoridades competentes en materia de memoria democrática –en los casos del art. 21.1 LMD– y practicarán aquellas actuaciones tendentes a la identificación de los cadáveres mediante análisis de ADN, la reclamación de los informes forenses que se hubieran confeccionado, la comprobación de las circunstancias de la

muerte, su data y contexto y cuantas fueran precisas para determinar si las víctimas se hallan comprendidas en el art. 3 LMD y para disponer indiciariamente de un relato fáctico sobre los hechos.

Cuando, una vez concluida la investigación, no procediera el ejercicio de la acción penal, los fiscales cuidarán de que en el decreto de archivo se consignen minuciosamente las diligencias practicadas y su resultado, así como una descripción pormenorizada de los hechos averiguados.

Archivadas las diligencias de investigación o, en su caso, el procedimiento judicial, los fiscales dispondrán la incoación de las diligencias preprocesales que correspondan, bien sea a los efectos de promover las inscripciones de defunción de acuerdo con los arts. 22.5 LMD y 42.1.3.º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC), o el expediente de jurisdicción voluntaria para declaración de hechos pasados, bien al objeto de adoptar las medidas de reparación a las víctimas que procedan.

Sin perjuicio de las funciones organizativas de los fiscales jefes, y de ser posible en atención al momento de comunicación y a las necesidades del servicio, los fiscales comparecerán en la exhumación, a fin de practicar la inspección ocular y amparar desde ese momento los derechos de los familiares víctimas del art. 3.3 LMD, permitiendo que las actividades ulteriores de traslado, identificación, recuperación de los restos e inhumación se realicen por la Administración competente, sin perjuicio del devenir de las diligencias del art. 5 EOMF o del procedimiento judicial que, en su caso, se hubiera incoado. En todo caso, velarán por que se dispense a las víctimas y a sus restos mortales la dignidad y el respeto que como tales merecen.

2.2.3 *Jurisdicción civil*

El art. 29.2 LMD declara que «se garantizará la tutela judicial en los procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados relacionados con las víctimas a que se refiere el artículo 3.1».

En cumplimiento de esta previsión, la disposición final tercera de la LMD introduce en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), un nuevo Capítulo XI en su Título II, comprendiendo los arts. 80 bis a 80 quinquies, que regula los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados, herederos directos de las antiguas «informaciones para perpetua memoria» de la LEC 1881. La exposición de motivos de la LMD se refiere a ella como «una vía que permite la obtención

de una declaración sobre hechos sucedidos y posibilita la identificación y exhumación de víctimas de la Guerra y la Dictadura y, a través de ella, la digna sepultura de las víctimas».

El nuevo expediente tiene como objeto la «obtención de una declaración judicial sobre la realidad y circunstancias de hechos pasados determinados», los cuales pueden revestir «cualquier naturaleza, concretos, ya acaecidos, percibidos o no por el promotor del expediente» (art. 80 bis 1 LJV).

Como es de ver, el precepto no se restringe al ámbito de la LMD, pudiendo solicitarse la declaración de cualesquiera hechos pasados, siempre que cumplan los requisitos que exige el art. 80 bis LJV.

Estos expedientes solo serán competencia de la especialidad de derechos humanos y memoria democrática en aquellos casos en los que se vean concernidos, directa o indirectamente, individual o colectivamente, quienes tengan la consideración de víctimas del art. 3 LMD, ya sea por haber sido promotores del expediente, por tratarse de hechos que se refieran a ellos, por verse afectados de algún modo por la tramitación o resolución del expediente o por cualquier otra causa de análoga significación.

Tal y como declaró la Audiencia Provincial de A Coruña en su auto de 30 de noviembre de 2023, «el conocimiento y tramitación de las declaraciones de hechos pasados como expedientes de jurisdicción voluntaria, por mucho que puedan venir referidos a acciones criminales como aquellas indicadas en el presente supuesto por referirse a la muerte de personas que participaban en manifestaciones pacíficas en defensa de los derechos de los trabajadores, es la opción legislativa más acorde con el fin declarado de reconocimiento y resarcimiento de las víctimas por la LMD, ya que no persiguen los delitos que en aquel tiempo se cometieron, ejercicio del *ius puniendi* del Estado que corresponde claramente a la jurisdicción penal, sino que establece un cauce de investigación de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura así como en el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la entrada en vigor de la Constitución Española, para asegurar el derecho al conocimiento de la verdad, que fue largamente ocultada, y la tutela judicial efectiva de las víctimas y sus familiares, que permita la declaración de hechos pasados ante la jurisdicción civil».

El expediente de jurisdicción voluntaria constituye, pues, una valiosa herramienta para garantizar a las víctimas su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, por lo que su utilización ha de ser potenciada y promovida por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

Además de a los titulares de derechos o intereses legítimos sobre los hechos cuya declaración se solicita, el art. 80 ter 2 LJV otorga legitimación activa al Ministerio Fiscal para promover el expediente, bien sea de oficio, bien a solicitud de cualquier persona, sin necesidad de que esta última acredite aquel interés legítimo.

Los fiscales especialistas velarán por impulsar los expedientes de jurisdicción voluntaria para declaración de hechos pasados siempre que tengan conocimiento por cualquier vía de hechos que pudieran tener encaje en el art. 80 bis 1 LJV y que afecten o se refieran a cualesquiera víctimas del art. 3 LMD, aunque estos hubieran sido objeto de un procedimiento penal anterior (vid. AAP A Coruña 240/2023, de 30 de noviembre; AAP Navarra 365/2024, de 19 de junio).

Con este fin, los y las fiscales incoarán y tramitarán las correspondientes diligencias preprocesales a que se refieren los arts. 5 EOMF y 9.2.º RMF. En ellas velarán por que se recojan las informaciones necesarias para determinar la competencia y la concurrencia de las condiciones y requisitos del art. 80 bis LJV, así como para recabar el principio de prueba exigido por la norma y el resto de los elementos probatorios de que sea necesario valerse e identificar a las personas que puedan estar interesadas en el expediente.

Como regla general, se incoarán unas diligencias preprocesales por cada víctima, si bien en los casos en los que se pretenda la declaración de un hecho en que se hubieran producido una multiplicidad de víctimas será posible tramitar unas mismas diligencias e instar posteriormente un solo procedimiento que se refiera a todas ellas, como puede producirse, por ejemplo, tras las exhumaciones de fosas comunes en las que se hubieran identificado los restos de varias personas.

El escrito promoviendo el expediente deberá incluir todos los extremos del art. 80 quater 1 LJV, esto es, el contenido de la declaración judicial que se interesa, un relato de las circunstancias relevantes, un principio de prueba y la identificación de los posibles interesados. Asimismo, se solicitarán las consecuencias que, en su caso, se hayan de derivar de la declaración (art. 80 quater 5 LJV), incluida la existencia de cualquier hecho inscribible, como la defunción (art. 80 quater 5 párrafo segundo *in fine* LJV) o la anotación de la declaración de nulidad de las condenas y sanciones a que se refiere el art. 5 LMD en el expediente judicial de la causa anulada (art. 5.4 in fine LMD).

Aun cuando no haya sido su promotor, el Ministerio Fiscal siempre será parte en el expediente (art. 80 ter 4 LJV). En estos casos, los fiscales especialistas mantendrán una actuación proactiva en el procedimiento, acudiendo en todo caso a la comparecencia que se señale y proponiendo en el acto la prueba que estimen pertinente y útil y que

no hubiera sido propuesta por el promotor, de acuerdo con lo establecido en el art. 80 quater 4 LJV. Asimismo, solicitarán, cuando proceda, la citación de las personas y las respuestas escritas a que se refiere el art. 80 quater 3 LJV.

Los fiscales combatirán mediante recurso de apelación aquellas resoluciones judiciales que sean contrarias a sus peticiones y/o a su posición durante el expediente, en los términos previstos en el art. 80 quinquies LJV.

En todo lo no previsto por esta Instrucción, los y las fiscales se regirán por lo establecido en la Circular de la FGE núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, y en la Instrucción de la FGE núm. 2/2015, de 16 de octubre, sobre directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en aquello que le sea de aplicación.

2.2.4 *Registro Civil*

El art. 29.3 LMD establece que «el Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática, en el ejercicio de sus funciones, promoverá las inscripciones en el Registro Civil de las defunciones de las personas desaparecidas como consecuencia de la Guerra y la represión ejercida en la Dictadura posterior».

Esta disposición legal debe interpretarse de conformidad con la estructura organizativa del Ministerio Fiscal, así como con las atribuciones que el art. 20.2 ter EOMF otorga al Fiscal de Sala Coordinador, de manera que la promoción de estas inscripciones corresponderá a los fiscales especialistas de las secciones territoriales de las fiscalías, ostentando únicamente en este punto el/la Fiscal de Sala Coordinador/a competencias de coordinación y supervisión.

Con carácter general, el art. 42.1.3.º LRC impone al Ministerio Fiscal el deber de promover sin demora la inscripción, deber específicamente reforzado por el art. 22.5 LMD en los casos de hallazgos de restos humanos resultado de las intervenciones llevadas a cabo por la Administración competente, supuestos en los que «el Ministerio Fiscal promoverá la inscripción de fallecimiento con arreglo a lo establecido en la legislación aplicable en materia de registro civil».

En aquellas ocasiones en las que los fiscales tuvieran constancia del fallecimiento de una persona desaparecida con motivo de la guerra o de la represión de la dictadura, que no hubiera sido debidamente inscrita, promoverán inmediatamente la inscripción de su defunción en el Registro Civil.

A este respecto se ha de citar el Decreto del FGE de 6 de julio de 2021, recogido por la Instrucción de 9 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos del Registro Civil tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que, al ofrecer directrices a las Oficinas del Registro Civil, recuerda que «el Ministerio Fiscal cuenta con legitimación activa para promover asientos y procedimientos de Registro Civil […]. En estos procedimientos promovidos por el Ministerio Fiscal, el mismo tendrá intervención desde su fase de iniciación hasta su finalización y, en su caso, recurso/s, pudiendo intervenir en todos los trámites que sean precisos». E, igualmente, «será oído el Ministerio Fiscal en aquellos procedimientos en que, no habiendo sido promovidos por dicha autoridad, su intervención venga prevista expresamente» por algún precepto legal.

Además de promover los correspondientes expedientes de Registro Civil en los supuestos de personas desaparecidas como consecuencia de la guerra y la dictadura cuya inscripción de defunción no conste (art. 29.3 LMD), durante la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a las declaraciones judiciales de hechos pasados los fiscales velarán por que se dé efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el art. 80 quater 5 párrafo segundo in fine LJV en aquellos casos en los que de la declaración se derive la existencia de un hecho inscribible como la defunción, interesando cuando así proceda la expedición de testimonio de la resolución a estos efectos conforme al art. 22.2 LJV.

Es preciso recordar que la disposición adicional octava de la LRC establece un régimen especial para las inscripciones de defunción de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la represión política inmediatamente posterior, pues en este caso el expediente judicial resuelto favorablemente constituye título suficiente para practicar la inscripción «siempre que, de las pruebas aportadas, pueda inferirse razonablemente su fallecimiento, aunque no sean inmediatas a éste. En la valoración de las pruebas se considerará especialmente el tiempo transcurrido, las circunstancias de peligro y la existencia de indicios de persecución o violencia».

2.2.5 *Jurisdicción contencioso-administrativa*

La jurisdicción contencioso-administrativa presenta una importancia capital en el ámbito de la defensa de los derechos humanos, pues constituye la vía para accionar contra la Administración cuando esta,

por acción u omisión, incumple sus obligaciones positivas o negativas de protección impuestas por las leyes y los tratados y convenios internacionales.

El Ministerio Fiscal, en su calidad de garante de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía, es parte procesal necesaria en aquellos procesos contencioso-administrativos en los que así lo establezca la ley (arts. 124. CE y 3.14 EOMF), de conformidad con el art. 19.1.f) de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), en particular, en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (Capítulo I del Título V LJCA). Sin embargo, ello no obsta para que, en defensa de la legalidad y cuando esté comprometido el interés social, pueda provocar su intervención de conformidad con lo previsto en el art. 13 LEC.

Desde luego, pocas materias pueden afectar tanto al interés social cuya promoción nuestra Constitución encomienda al Ministerio Fiscal como el respeto por los derechos humanos, independientemente del tipo de procedimiento en que se ventile el asunto. Pensemos, por ejemplo, en los procesos derivados de la aplicación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; aquellos que traigan causa de decisiones de cualesquiera organismos internacionales de derechos humanos; o los dimanantes de la aplicación de la LMD –pues, como se ha dicho, la memoria democrática forma parte de los derechos humanos y el conjunto de la sociedad es titular de la misma–, como aquellos relativos a la autorización de las actividades de localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas o la retirada de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática, entre otros.

Dada la especificidad y particular complejidad técnica de la materia contencioso-administrativa, las actuaciones que deba llevar a cabo el Ministerio Fiscal en dicha jurisdicción continuarán despachándose por los fiscales especialistas de lo contencioso-administrativo, debiéndose garantizar las relaciones de colaboración y la fluida comunicación entre los delegados o coordinadores de ambas áreas de especialización.

En los casos anteriormente citados, esto es, cuando el objeto de la actuación afecte de manera directa al DIDH, traiga causa de dictámenes de organismos internacionales o se refiera a procedimientos dimanantes de la aplicación de la LMD, el/la fiscal encargado/a del asunto deberá comunicarlo al fiscal delegado de derechos humanos y memoria democrática, quien, a su vez, lo pondrá en conocimiento de la Unidad Especializada.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional contará con un fiscal de enlace que canalice estas comunicaciones con la Unidad Especializada, sin perjuicio de las atribuciones de su jefatura.

2.2.6 *Otras competencias en materia de atención y reparación a las víctimas. Las diligencias de reparación*

El principio de reparación es central en el sistema del DIDH y se encuentra íntimamente unido al resto de sus principios vertebradores. La Observación General n.º 31 del Comité de Derechos Humanos lo ha vinculado tan estrechamente con el derecho a la justicia que declara que «si no se da reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] hayan sido infringidos, queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos».

El informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, sobre la concesión de reparaciones a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario, de 14 de octubre de 2014, recuerda que la violación de los derechos humanos «puede resultar demoledora para las víctimas, y sus repercusiones pueden ser duraderas y afectar a otras personas, e incluso a otras generaciones. El hecho de que no se apliquen medidas que mitiguen el legado de las violaciones tiene consecuencias graves para las personas y las colectividades, además de constituir un incumplimiento de una obligación jurídica».

Distintos instrumentos internacionales incluyen el derecho a la verdad y las garantías de no repetición como una forma de reparación.

La Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas ha declarado que «una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene como finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario […]». En ella se recoge expresamente la necesidad de establecer y reforzar los correspondientes mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación, «ya sea mediante procedimientos oficiales u oficiosos, judiciales o extrajudiciales, que sean ágiles, justos, poco costosos y accesibles». La reparación debe ser adecuada, efectiva, rápida y proporcional al daño; su finalidad es promover la justicia y remediar las violaciones graves y manifiestas del DIDH y del DIH.

La reparación es una denominación general que incluye diferentes formas de resarcimiento del daño y comprende, siempre que sea posible, la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

La restitución consiste en «devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración de su empleo y la devolución de sus bienes».

La indemnización se refiere al resarcimiento de los perjuicios económicamente evaluables y ha de ser proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias del caso. Incluye el daño físico o moral, la pérdida de oportunidades (de empleo, educación, prestaciones sociales, etc.), los daños materiales y la pérdida de ingresos, los perjuicios morales o los gastos de asistencia jurídica, médica, psicológica y social.

La rehabilitación incluye el acceso a recursos prestacionales, como la asistencia médica y psicológica, los servicios jurídicos y la asistencia social por personal capacitado y receptivo a las necesidades de las víctimas. Se ha de brindar particular atención a existencia de necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a otros factores como raza, sexo, edad, discapacidad, religión, prácticas culturales, situación socio-económica, familiar, etc.

La satisfacción comprende medidas de reparación de carácter simbólico, fuertemente relacionadas con el derecho a la verdad, entre las que se incluyen la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas; la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo expreso o presunto de la víctima y las prácticas culturales de la comunidad; o una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas y de las personas estrechamente vinculadas a ellas.

Por fin, las garantías de no repetición se incluyen en la Resolución 60/147 como otra forma de reparación. Este principio obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias a nivel normativo, institucional, político o social que prevengan la recurrencia de las violaciones de los derechos humanos. La no repetición trasciende así el ámbito individual para adentrarse en un marco de reparación colectiva, al operar sobre los mecanismos necesarios para paliar

aquellas deficiencias estructurales que dieron lugar a la vulneración de derechos.

En aquellos supuestos en los que las violaciones de los derechos humanos se concreten en actos de violencia sexual y de género será necesario aplicar, también en materia de reparación, el enfoque de género. Así lo advierte el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de 2010, el informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la violencia de género y sexual en relación con la justicia transicional de 2014 o la Observación General del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas relativo a las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas de 2013.

Aunque el derecho a la reparación nace *per se* de la violación del derecho, sin necesidad de que el mismo esté expresamente previsto en el convenio respectivo, lo cierto es que múltiples tratados y observaciones generales de los comités lo han incluido e interpretado específicamente. Así, el art. 14 de la Convención contra la Tortura impone a los Estados parte la obligación de garantizar a las víctimas de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. Este precepto ha sido objeto de interpretación por la Observación General n.º 3 (2012) del Comité contra la Tortura, según la cual la reparación abarca la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Prevé que el objetivo último de la reparación es el restablecimiento de la dignidad de la víctima y que esta ha de participar en el proceso de reparación, e incluye el derecho a la verdad como forma de reparación.

También el art. 24 del Convenio Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas obliga a los Estados a garantizar el derecho a la reparación de las víctimas y a una indemnización rápida, justa y adecuada. Esta incluye tanto los daños materiales y morales como otras modalidades de reparación, incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación de las víctimas.

Ya en nuestro ordenamiento interno, la LEVD –que traspone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos– declara en su exposición de motivos que «el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral».

Las disposiciones de la LEVD resultan de aplicación a las víctimas del art. 3.1 y a los familiares del art. 3.3 en cuanto sea procedente (art. 3.4 LMD). Ello implica que ostentan los mismos derechos reconocidos a las víctimas en dicha ley y que pueden acceder a las medidas de protección y asistencia en ella previstas. Recordemos aquí que el art. 23.2.b).6.º LEVD contempla la desaparición forzada dentro del catálogo de delitos cuya particular naturaleza y gravedad ha de tenerse en cuenta a la hora de realizar la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección.

La específica misión de protección de las víctimas que los arts. 124.1 CE y 3.10 EOMF confieren al Ministerio Fiscal le impone un privilegiado deber de velar por la satisfacción de los derechos y la efectiva reparación de las víctimas del art. 3 LMD, así como de garantizar el cumplimiento de las previsiones de la LEVD. Entre ellas se encuentra el derecho a la información a que ya se refería la Instrucción de la FGE núm. 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal. Esta deberá incluir información completa de sus derechos, así como de los recursos asistenciales de que disponen en su territorio y de las asociaciones memorialistas y/o de víctimas que desplieguen su actividad en el mismo.

Si ello no se hubiera efectuado con anterioridad, los fiscales incoarán las correspondientes diligencias preprocesales de los arts. 5 EOMF y 9.2.º RMF al objeto de valorar las medidas de reparación a las víctimas que fueran oportunas y que no pudieran acordarse o impulsarse en otro procedimiento. A estas diligencias se les dará el nombre de «diligencias preprocesales de reparación» y en su seno se oirá siempre a la víctima y, en su caso, a los familiares enumerados en el art. 3.3 LMD.

Además de la virtualidad reparadora de otras actuaciones ya analizadas, como las relativas a los expedientes de jurisdicción voluntaria o del Registro Civil, la LMD recoge otras medidas de reparación a las víctimas que el Ministerio Fiscal puede impulsar y/o de las que debe informar en el contexto de su actividad, entre ellas las siguientes:

1.ª Nulidad de resoluciones

El art. 5 LMD declara en su segundo apartado «la nulidad de las condenas y sanciones y la ilegalidad e ilegitimidad del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades

Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos, de conciencia o creencia religiosa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley».

Por su parte, el apartado tercero declara «ilegítimas y nulas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos en la Constitución, independientemente de la calificación jurídica utilizada para establecer dichas condenas y sanciones».

Dicha nulidad *opera ope legis,* sin que resulte ni posible –no se ha previsto cauce procesal para ello– ni necesario acudir a ningún procedimiento judicial de revisión.

De acuerdo con el art. 5.4 in fine, la declaración de nulidad deberá hacerse constar en el expediente judicial de la causa anulada. Con carácter general, dichos expedientes constarán en los distintos archivos públicos históricos, judiciales o militares, por lo que, si con motivo de su actividad el Ministerio Fiscal tuviera conocimiento de alguna de estas condenas o sanciones, podrá dirigirse a la entidad, Administración u organismo correspondiente para que proceda a la anotación de nulidad.

En caso de que la misma derive de una declaración judicial de hechos pasados tramitada de acuerdo con la LJV, será posible que tanto el promotor como el Ministerio Fiscal, si no lo fuera, insten la anotación, que podrá ser acordada en el auto que resuelva el expediente, de conformidad con el art. 80 quater 5 LJV.

Asimismo, el art. 5.4 LMD permite que la declaración de nulidad confiera el derecho a obtener una declaración de reconocimiento y reparación personal a que se refiere el art. 6 LMD.

2.ª Declaración de reconocimiento y reparación personal

El art. 6 LMD reconoce el derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal a las víctimas del art. 3.1 LMD –y, en caso de fallecimiento, a los familiares del art. 3.3 LMD–, así como a quienes sufrieron las condenas y sanciones a que se refieren los arts. 4 y 5 LMD. De acuerdo con el precepto, «este derecho es plenamente compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en el resto de normas del ordenamiento jurídico, así

como con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia».

Para recibir la solicitud de declaración de reconocimiento y reparación personal es competente el departamento que tenga asignadas las atribuciones en materia de memoria democrática (art. 6.4 inciso primero LMD).

Por tanto, el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de su función tuitiva y, en concreto, del deber de información, deberá comunicar a las víctimas del art. 3 LMD, una vez identificadas, que disponen de este derecho, poniendo a su disposición o solicitando del órgano judicial que así lo haga, en su caso, aquellos antecedentes que fueran oportunos para acreditar su condición de víctima en el procedimiento administrativo correspondiente.

La declaración de reconocimiento y reparación personal no produce efectos para la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado, de cualquier Administración pública o de particulares, ni da lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional (art. 6.1 in fine LMD).

3.ª Registro y Censo Central de Víctimas

El art. 9 LMD regula un registro de víctimas del art. 3.1 LMD, de cuyo mantenimiento será responsable el departamento que asuma las competencias en materia de memoria democrática, y que se nutrirá de datos recabados de archivos, bases documentales y obras de referencia especializadas, así como de los suministrados por las diferentes Administraciones públicas y organismos y entidades del sector público institucional, por víctimas, por organizaciones memorialistas, grupos de investigación universitarios y cualquier otra fuente, nacional o internacional, que cuente con información relevante para el mismo.

Por tanto, los datos recabados en el seno de procedimientos judiciales o fiscales pueden ser fuente de información que contribuya a la conformación del registro, a petición de la parte interesada y con el expreso consentimiento de las personas afectadas, de lo que se deberá informar a las víctimas. De acuerdo con el párrafo tercero del art. 9.1 LMD, la información se incorporará de oficio por parte de la Administración o a instancia de las víctimas, de sus familiares o de las entidades memorialistas, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente, por lo que ni el Ministerio Fiscal ni los órganos judiciales están legalmente facultados para solicitar directamente la incorporación.

A partir de este registro la Ley prevé la elaboración de «un censo público de todas las víctimas de la Guerra y la Dictadura, así como de quienes murieron en combate durante la Guerra, con independencia de su nacionalidad» (art. 9.2 LMD). Este censo incluirá tanto a las personas fallecidas como a los supervivientes que presten su expreso consentimiento, sin que se puedan incluir en el mismo categorías especiales de datos (art. 9.3 LMD).

4.ª Banco Estatal de ADN de las Víctimas de la Guerra y la Dictadura

El art. 23 LMD prevé la creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura como una base de datos de ADN de carácter estatal, adscrito al Ministerio de Justicia, con la función de recibir y almacenar los perfiles de ADN de las víctimas y sus familiares, así como de las personas afectadas por la sustracción de recién nacidos, con el fin de facilitar la identificación genética de las víctimas.

La aportación de muestras biológicas es de carácter voluntario y gratuito y requiere la acreditación de la condición de familiar de víctima.

El régimen de organización y funcionamiento del Banco queda reservado a desarrollo reglamentario ulterior.

El apartado 3 in fine del precepto prevé la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad colaboren informando a las personas interesadas de la existencia de la base de datos de ADN y de los trámites de inclusión de muestras, por lo que no existe obstáculo alguno para que esta misma información pueda ser proporcionada por el Ministerio Fiscal o, en su caso, por el órgano judicial, cuando no se hubiera hecho previamente.

5.ª Incautaciones de bienes y sanciones económicas

El art. 31.1 LMD reconoce «el derecho al resarcimiento de los bienes incautados y las sanciones económicas producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la Dictadura, en los términos que se establezcan legalmente, así como en la normativa de desarrollo».

El apartado 2 del precepto prevé que la Administración General del Estado realizará una auditoría de los bienes expoliados durante la guerra y la dictadura, incluyendo las obras de arte, el papel moneda u otros signos fiduciarios depositados por las autoridades franquistas,

así como la imposición de sanciones económicas en aplicación de la normativa de responsabilidades políticas. La auditoría deberá incluir un inventario de bienes y derechos incautados, en el que se recogerán también los bienes inmuebles y derechos de contenido patrimonial de los que fueran titulares los Ateneos, cooperativas y entes asimilados. Una vez finalizada, se implementarán las posibles vías de reconocimiento a los afectados (art. 31.3 LMD), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5.4 LMD.

Cuando, como consecuencia de su actuación, el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de estas incautaciones de bienes o de la imposición de estas sanciones económicas, podrá informar a la persona interesada de la puesta en marcha de esta auditoría, así como del inventario, a los efectos de que su caso pueda integrarse en el mismo.

6.ª Revisión de condecoraciones y recompensas

El art. 42 LMD prevé la revisión de condecoraciones y recompensas concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley en aquellos casos en los que se acredite que su beneficiario, «antes o después de la concesión, con motivo de haber formado parte del aparato de represión de la dictadura franquista, hubiera realizado actos u observado conductas manifiestamente incompatibles con los valores democráticos y los principios rectores de protección de los derechos humanos, así como con los requisitos para su concesión».

La revisión y revocación también podrá llevarse a cabo a título póstumo y la retirada determinará la pérdida de todos los derechos anejos a la recompensa, incluso los económicos, produciendo efectos desde la notificación de la resolución que la declare (art. 42.4 LMD).

La revocación debe sustanciarse en un procedimiento administrativo que solo puede iniciarse de oficio y a iniciativa del titular del departamento competente. Su instrucción y resolución corresponde a los órganos competentes para tramitar los procedimientos de concesión (art. 42.3 LMD).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 42.2 LMD, los actos o conductas constitutivas de causa de revisión y revocación pueden resultar de sentencia penal firme, de diligencias judiciales, de la Fiscalía o policiales, de la imposición de sanción disciplinaria firme o de cualquier otro medio de prueba admisible en derecho. Por consiguiente, cuando los fiscales constaten la existencia de una posible causa de revisión o revocación deberán comunicarlo a la autoridad competente a los efectos oportunos.

2.2.7 *Disolución de asociaciones*

Corresponderá a las secciones especializadas de Derechos Humanos y Memoria Democrática de las fiscalías la intervención en aquellos procedimientos que tengan por objeto la disolución de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional séptima de la LMD.

III. EL/LA FISCAL DE SALA COORDINADOR/A DE DERECHOS HUMANOS Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

La figura del Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática fue creada con rango legal al incorporarse un nuevo apartado 2 ter al art. 20 EOMF en virtud de la disposición final primera LMD.

Este precepto recoge una serie de funciones que han de completarse con las atribuidas al resto de fiscales de sala coordinadores por la doctrina de la FGE, en particular, por la Instrucción de la FGE núm. 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE; la Instrucción de la FGE núm. 5/2008, de 18 de diciembre, sobre adaptación del sistema de nombramientos y estatuto de los delegados de las secciones especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de especialización delegadas tras la reforma operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre; la Instrucción de la FGE núm. 4/2011, de 17 de noviembre, sobre funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal; y, en especial, la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, de 13 de julio, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados.

Siguiendo el orden del precepto, dichas funciones se concretan en las siguientes:

1.ª Supervisar y coordinar la acción del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la Ley 20/2022, de 19, de Memoria Democrática, dando conocimiento a la jefatura de las fiscalías correspondientes [art. 20.2 ter.a) EOMF].

Una de las actuaciones atribuidas a los fiscales de sala coordinadores de las respectivas unidades especializadas se centra en el conocimiento y seguimiento de los asuntos que, incluidos en el ámbito de su

área de especialización, se tramitan en las distintas fiscalías y órganos judiciales ante los que actúa el Ministerio Público.

Tal y como señala la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, esta función de supervisión se conecta con la necesidad de consolidar un sistema de control y seguimiento individualizado de los asuntos y presenta una dimensión de apoyo técnico a las secciones especializadas territoriales.

En el ejercicio de esta competencia, y de acuerdo con la citada Instrucción, el/la Fiscal de Sala podrá remitir oficio motivado al fiscal delegado de la sección «sugiriendo que se proceda a las pertinentes correcciones de los errores detectados en el momento procesal oportuno y advirtiendo de que, en caso de disentir de tal indicación, eleve comunicación razonada de la discrepancia», que se tramitará conforme a los cauces contenidos en aquella.

Por otra parte, la eficacia y operatividad de la especialidad exigirá también, a efectos estadísticos y de valoración de necesidades de medios personales y materiales, un conocimiento preciso, cuantitativo y cualitativo, de los asuntos competencia de la especialidad que se tramitan en cada una de las fiscalías.

En consecuencia, la Unidad especializada podrá solicitar, a través de los fiscales delegados provinciales, la información que estime oportuna sobre incoación de diligencias de investigación y/o procedimientos judiciales, diligencias preprocesales, escritos de acusación, informes, sentencias dictadas, recursos interpuestos y otros, tal y como también recoge la Instrucción de la FGE núm. 2/2011, de 11 de octubre, sobre el/la Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las fiscalías. De dichas solicitudes se dará conocimiento a la jefatura correspondiente.

Las funciones de supervisión y coordinación han de ser ejercidas sin perjuicio de las facultades que estatutariamente tienen encomendadas los fiscales jefes de cada órgano, por lo que se procurará una relación fluida con ellos en los términos previstos en la Instrucción de la FGE núm. 1/2015 y el resto de doctrina de la Fiscalía General del Estado. El/la Fiscal de Sala Coordinador/a podrá trasladarles criterios jurídicos de carácter general o relativos a la tramitación o resolución de asuntos concretos, así como las sugerencias que estime convenientes para la adecuada organización y funcionamiento del servicio, las cuales serán valoradas oportunamente por la jefatura correspondiente. Las discrepancias se resolverán de acuerdo con lo previsto en la citada Instrucción.

La Instrucción de la FGE núm. 1/2015 recoge expresamente las causas que han de considerarse de relevancia en cada especialidad a

los efectos del ejercicio de la función supervisora. Se trata de un catálogo abierto, pues admite la remisión de otras causas no comprendidas en el mismo en atención a su especial repercusión social o su trascendencia jurídica, al tiempo que contempla la posibilidad de su ampliación a otros dictámenes por las directrices internas del fiscal de sala.

Habida cuenta de las especificidades de la materia de derechos humanos y memoria democrática y lo novedoso de su objeto, así como su trascendencia social y volumen de asuntos esperable, a los efectos de supervisión, se considerarán de relevancia la totalidad de los procedimientos judiciales y actuaciones del Ministerio Fiscal abarcados en la competencia de la especialidad.

El/la Fiscal de Sala Coordinador/a deberá remitir al Fiscal General del Estado las daciones de cuenta que efectúen los fiscales delegados cuando se trate de asuntos de importancia o trascendencia, de acuerdo con el apartado segundo del art. 25 EOMF, lo que se recuerda en las Instrucciones de la FGE núm. 11/2005 y 1/2015.

Por lo que respecta a los procedimientos relativos a la sustracción de menores recién nacidos en los que las víctimas se encuentren comprendidas en el ámbito del art. 3.1.h) LMD, la función de supervisión se llevará a cabo sin perjuicio de las comunicaciones que se deban efectuar a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado en los términos previstos en la Circular de la FGE núm. 2/2012.

2.ª Representar a la persona titular de la Fiscalía General del Estado, por delegación de aquella, en todos los actos de reconocimiento a nuestra memoria democrática [art. 20.2 ter. b) EOMF].

Se trata de una de las diversas funciones representativas que la norma atribuye al Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática.

Esta representación tiene carácter delegado, pues la misma corresponde al Fiscal General del Estado como máximo representante de la institución en todo el territorio nacional. No será necesario que el/la Fiscal General del Estado realice delegaciones puntuales para cada uno de los actos de reconocimiento a que se refiere la norma, puesto que la misma supone una delegación genérica, sin perjuicio de que el/la Fiscal General del Estado decida puntualmente ejercerla por sí, para lo que deberá ser puntualmente informado/a de la celebración de dichos actos.

Dado que la representación del Fiscal General del Estado, cuya delegación se atribuye, se extiende a todo el territorio nacional, los actos de reconocimiento pueden tener carácter estatal o autonómico, sin perjuicio de la representación propia que desempeñe el/la fiscal

superior de la correspondiente comunidad autónoma, de acuerdo con el art. 22.4 EOMF.

La LMD instaura el 31 de octubre de cada año como día de recuerdo y homenaje a todas las víctimas del golpe militar, la guerra y la dictadura (art. 7) y el 8 de mayo como día de recuerdo y homenaje a los hombres y mujeres que sufrieron el exilio como consecuencia de la guerra y la dictadura (art. 8), sin perjuicio de otros actos, reconocimientos u homenajes que se pudieran celebrar.

3.ª Practicar las diligencias a que se refiere el art. 5 EOMF e intervenir en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por la persona titular de la Fiscalía General del Estado y ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones, exigiendo las responsabilidades que procedan, cuando se refieran a hechos que constituyan violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura, así como facilitar los instrumentos de cooperación internacional para la reparación de las víctimas [art. 20.2 ter.c) EOMF].

La función de coordinación y supervisión que viene asignada al Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática no obsta para que pueda asumir, bien por sí mismo, bien a través de la impartición de instrucciones a los delegados territoriales, la dirección y/o intervención directa en asuntos determinados, si bien esta posibilidad requiere un pronunciamiento expreso y específico del Fiscal General del Estado en atención a razones de especial trascendencia que serán valoradas a la vista de las circunstancias que concurran en cada uno de los supuestos concretos.

El conocimiento de aquellos expedientes que por su importancia, dinámica comisiva o trascendencia pública demanden este régimen especial de actuación se llevará a efecto, generalmente, por la vía del art. 25.2 EOMF y/o de la información que el/la Fiscal de Sala Coordinador/a vaya recibiendo de las secciones territoriales de la especialidad o, en su caso, de la jefatura del órgano correspondiente, lo que permitirá efectuar la oportuna propuesta al Fiscal General del Estado cuando así se estime oportuno.

Nótese que, por lo que se refiere a esta atribución, la redacción de la norma («incluyendo») no limita subjetiva ni temporalmente su marco competencial ni lo ciñe a los asuntos dimanantes de la LMD, sino que se extiende a cualesquiera violaciones del DIDH y del DIH y,

por ende, a cualesquiera de los delitos contra la comunidad internacional tipificados en el Título XXIV del

Libro II del Código Penal, por lo que la jefatura de la fiscalía en la que hubiera recaído la competencia –con carácter general, la Fiscalía de la Audiencia Nacional– deberá poner este hecho en conocimiento del Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática a los efectos oportunos.

En efecto, la Fiscalía de la Audiencia Nacional resulta competente, de conformidad con el art. 23 LOPJ y siempre que concurran las condiciones y requisitos legales, para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de ser calificados –por lo que aquí respecta– como delito de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, delitos de tortura y contra la integridad moral de los arts. 174 a 177 CP o delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, delitos que constituyen violaciones del DIDH y del DIH comprendidos en el marco competencial del Fiscal de Sala Coordinador *ex* art. 20.2 ter c) EOMF.

Estas comunicaciones deberán extenderse a la actividad desplegada por el Ministerio Fiscal al amparo de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, en atención a la naturaleza de los delitos competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), de acuerdo con el art. 5 del Estatuto de Roma. La asignación por Decreto del Fiscal General del Estado es factible tanto en relación con la apertura y tramitación de las diligencias preprocesales y de investigación del art. 5 EOMF como con los procedimientos judiciales en curso. En este supuesto ha de entenderse, como ya se señaló en las Instrucciones de la FGE núm. 5/2007 y 2/2011, que la intervención del Fiscal de Sala Coordinador no está sujeta a límite territorial u orgánico alguno. Puede tener lugar ante cualquier juzgado o tribunal, quedando excluida la intervención ante el Tribunal Constitucional (Instrucciones de la FGE núm. 4/2007 y 3/2008), sin perjuicio de las funciones de coordinación a que se refiere el art. 20.2 ter f) EOMF.

La decisión del Fiscal General del Estado, en forma de Decreto, podrá adoptarse por propia iniciativa o a sugerencia o petición del Fiscal de Sala Coordinador, que deberá indicar las razones que justifican la intervención directa en las diligencias de investigación, preprocesales o procedimiento judicial de que se trate.

Cuando para valorar las circunstancias concurrentes y, en consecuencia, la oportunidad de esa intervención directa sea necesario un conocimiento más amplio del objeto de las diligencias o del procedimiento judicial de que se trate, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a podrá tomar conocimiento personalmente de las actuaciones, bien solicitando copia de las mismas, bien personándose en la fiscalía correspondiente, dando cuenta de ello a su jefatura.

El Decreto de asignación será comunicado a la jefatura del órgano territorialmente competente, así como al respectivo fiscal superior, a través del Fiscal de Sala Coordinador, que deberá mantener informados a ambos de las decisiones que al respecto vaya adoptando, especialmente en aquellos aspectos que afecten directa o indirectamente al normal desenvolvimiento de sus funciones como fiscales jefes. La intervención del Fiscal de Sala Coordinador podrá llevarse a efecto por sí mismo o a través de las instrucciones concretas que, en relación con el asunto de que se trate, pueda dar al respectivo delegado territorial, de las cuales deberá también dar puntual conocimiento a su inmediato superior jerárquico.

Por fin, el art. 20.2 ter.c) in fine EOMF extiende esta competencia a la facilitación y coordinación de los instrumentos de cooperación internacional para la reparación de las víctimas, lo que deberá hacerse en coordinación y colaboración con la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado.

4.ª Representar a la Fiscalía General del Estado, por delegación de su titular, y relacionarse con el Defensor del Pueblo en los términos previstos en su normativa reguladora [art. 20.2 ter.d) EOMF].

El art. 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante LODP), siguiendo lo dispuesto en el art. 54 CE, establece que «el Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales». Todos los poderes públicos están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones (art. 19 LODP).

En desarrollo de la función que nos ocupa, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a de Derechos Humanos y Memoria Democrática, por delegación del Fiscal General del Estado, recibirá las comunicaciones del Defensor del Pueblo relativas a las conductas o hechos presumiblemente delictivos de los que tenga conocimiento en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, de acuerdo con las previsiones del

art. 25.1 LODP. Asimismo, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a deberá informar al Defensor del Pueblo, periódicamente o cuando este lo solicite, del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia (art. 25.2 LODP).

El/la Fiscal de Sala Coordinador/a mantendrá los debidos canales de comunicación con la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado en relación con las quejas referidas al funcionamiento de la Administración de justicia que aquella reciba de conformidad con el art. 13 LODP, siempre que se fundamenten en la vulneración manifiesta y grave de estándares internacionales de derechos humanos y otros supuestos comprendidos en su ámbito de actuación.

Habida cuenta de su incidencia en la prevención y garantía de los derechos humanos, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a podrá mantener la oportuna comunicación y colaboración con el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las funciones que este ostenta como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (disposición final única de la LODP), de acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como con ocasión de los informes que en el ejercicio de sus funciones hubiera de emitir ante cualesquiera organismos internacionales de derechos humanos.

5.ª Coordinar las fiscalías en materia de memoria democrática y derechos humanos, unificando criterios de actuación, para lo cual podrá proponer la emisión de las correspondientes instrucciones al Fiscal General del Estado [art. 22.2 ter e) EOMF].

Se trata de una función íntimamente vinculada con la de supervisión, puesto que su finalidad es –al igual que aquella– hacer efectivo el principio de unidad de actuación especializada en todo el territorio nacional, en garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas ante la ley.

La facultad de proponer al Fiscal General del Estado las circulares e instrucciones que considere necesarias y de elaborar el correspondiente borrador, así como de presentarle propuestas de resolución de las consultas que se planteen sobre materias de su competencia, viene ya desarrollada en las Instrucciones de la FGE núm. 11/2005 y 1/2015. De acuerdo con las mismas, cuando la consulta tenga carácter informal el/la Fiscal de Sala Coordinador/a podrá resolverla directamente mediante la remisión de un dictamen al consultante, en los términos previstos en las citadas Instrucciones.

A diferencia de la función de supervisión y coordinación –que el apartado a) del art. 20.2 ter EOMF limita a los procedimientos y

actuaciones a que se refiere la LMD–, la Ley extiende también esta competencia al ámbito de los derechos humanos que, a estos efectos y poniendo el precepto en relación con lo dispuesto en la letra f), comprenderá los estándares internacionales del DIDH, esto es, los consagrados por los convenios y tratados y sus órganos de garantía. Cuando la materia competa a otras áreas de especialización, estas mantendrán la debida coordinación con la Unidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática en lo que respecta a los citados estándares internacionales de derechos humanos.

Asimismo, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a dirigirá las jornadas de especialistas en materia de derechos humanos y memoria democrática, elaborando las correspondientes conclusiones, de conformidad con los criterios establecidos en las Instrucciones de la FGE núm. 11/2005 y 1/2015.

6.ª Representar a la Fiscalía General del Estado, por delegación de la persona titular de esta, y relacionarse con los Agentes del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de interpretación de la jurisprudencia del Tribunal, en especial en aquello que pudiera afectar a los recursos de revisión de sentencias derivados de sus resoluciones. Asimismo, será el cauce de coordinación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía del Tribunal Constitucional y las unidades especializadas en materia de memoria democrática y derechos humanos [art. 20.2 ter e) EOMF].

La representación del Reino de España ante el TEDH está atribuida, en calidad de agentes, a los abogados del Estado integrados en la Subdirección General de Asuntos Constitucionales y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado. A ellos corresponde la representación y defensa jurídica del Estado ante dicho Tribunal y el estudio y preparación de informes, observaciones y memorias que hayan de presentarse ante el mismo, así como ante cualquier órgano internacional competente en materia de derechos humanos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

La relación con el/la Fiscal de Sala Coordinador/a se extenderá tanto a la interpretación de la jurisprudencia del TEDH y la ejecución de sus resoluciones –particularmente en lo concerniente a los recursos de revisión de sentencias firmes a que se refieren los arts. 954.3 LECrim, 510.2 LEC y 102.2 LJCA–, como a la tramitación de las quejas individuales, mecanismos cuasijudiciales, exámenes periódicos y/o informes de seguimiento ante los organismos internacionales de derechos humanos y al cumplimiento o implementación en España

de cualesquiera decisiones, observaciones o recomendaciones de aquellos.

Con ello, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a se constituye en cauce de comunicación entre la Fiscalía General del Estado y la Abogacía General del Estado tanto en los procedimientos sustanciados ante el TEDH como ante los distintos Comités de Naciones Unidas y otros organismos internacionales, siempre que estos se dirijan a España, a fin de trasladarles la información que corresponda y colaborar en el cumplimiento de sus resoluciones y dictámenes, dentro de las competencias del Ministerio Fiscal y con sujeción a las limitaciones establecidas por la ley.

El/la Fiscal de Sala Coordinador/a deberá organizarse con la Fiscalía de Tribunal Supremo, a través del Teniente Fiscal de dicho órgano, así como con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, a través de su jefatura, al objeto de que las resoluciones del TEDH o las decisiones de los organismos internacionales puedan hacerse efectivas, para lo que podrá dirigirse a aquellos solicitando o transmitiendo la información que en cada momento fuese precisa para el cumplimiento de las respectivas funciones. Estas comunicaciones se extenderán también a aquello que, comprendiendo la competencia de aquellos órganos, afecte a la materia de memoria democrática.

Lo anterior será de aplicación a las relaciones con otros fiscales de sala coordinadores o delegados cuando el asunto se refiera a materias de su competencia.

A estos efectos, podrá también recabar la oportuna información de los delegados territoriales, así como de las jefaturas de los órganos fiscales respectivos.

Por fin, se ha de recordar aquí la vigencia de lo establecido por la Instrucción de la FGE núm. 5/2008 en cuanto al régimen de colaboración y comunicación entre los fiscales de sala coordinadores y los fiscales de sala de la Fiscalía del Tribunal Supremo en orden a la formalización y tramitación de los recursos de casación que se planteen en materias correspondientes al área de especialización de aquellos.

En definitiva, con la atribución en exclusiva de esta novedosa función al Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática, el legislador ha querido, sin duda, que la necesaria actuación transversal y coordinada de la Fiscalía esté presidida por un enfoque de derechos humanos, a través de la participación y la colaboración de la Unidad Especializada en todos aquellos supuestos en los que, interviniendo otros órganos o áreas especializadas del Ministerio Fiscal, su actuación afecte o esté relacionada con la observancia de los estándares internacionales de derechos humanos.

7.ª Elaborar anualmente y presentar a la persona titular de la Fiscalía General del Estado un informe sobre las actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de memoria democrática y derechos humanos, que será incorporado a la memoria anual presentada por la Fiscalía General del Estado [art. 20.2 ter g) EOMF].

La elaboración de estos informes periódicos y su incorporación a la correspondiente Memoria se efectuará de acuerdo con los criterios ofrecidos por la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, así como por la Instrucción de la FGE núm. 1/2014, de 15 de enero, sobre las memorias de los órganos del Ministerio Fiscal y de la Fiscalía General del Estado, e incluirá un análisis y valoración conjunta de los datos estadísticos, así como de la información correspondiente a la actividad de las distintas secciones especializadas territoriales.

A estos efectos, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a podrá solicitar de las secciones especializadas, con carácter anual o periódico, cuanta información considere oportuna para el adecuado ejercicio de sus funciones.

IV. LAS SECCIONES ESPECIALIZADAS DE DERECHOS HUMANOS Y MEMORIA DEMOCRÁTICA EN LAS FISCALÍAS TERRITORIALES

1. **Organización**

Las secciones especializadas de las fiscalías se encuentran genéricamente previstas en el párrafo segundo del art. 18.3 EOMF. Su creación puede tener origen bien en una norma legal o reglamentaria, bien en el ejercicio de las capacidades autoorganizativas del Ministerio Fiscal en aquellos casos en los que las materias requieran de una organización específica.

La modificación introducida por la LMD no ha afectado al citado precepto estatutario, por lo que, a pesar de la ausencia de previsión expresa en la Ley, la singularidad y complejidad de la materia y la necesidad de fomentar una relación de proximidad con las víctimas y la ciudadanía exige la creación de secciones especializadas de Derechos Humanos y Memoria Democrática.

De hecho, a la vista del régimen establecido por las Instrucciones de la FGE núm. 11/2005, 5/2008 y 4/2011 –contemplan para cada una de las especialidades la organización de un servicio o sección en todas

las fiscalías provinciales–, puede extraerse que el nombramiento del Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática constituye el presupuesto de hecho para la creación de las respectivas secciones especializadas en los distintos órganos del Ministerio Fiscal, articulándose con ello el despliegue territorial del área de especialización en condiciones similares a las ya existentes en otras materias.

Tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, a través de las secciones especializadas «la Fiscalía podrá ofrecer a la sociedad del lugar en que se inserta un referente concreto, conocido y accesible. Referente que lo será también en el ámbito interno, dotando de esqueleto organizativo a auténticas redes de especialistas que permitirán articular la coordinación vertical y unificación de criterios».

El ámbito de las secciones especializadas será provincial, por lo que deberá existir una sección especializada por provincia, que generalmente tendrá su sede en la fiscalía provincial. Sin embargo, no estando vinculadas las secciones de Derechos Humanos y Memoria Democrática a la actuación de órganos judiciales concretos, es posible que su dirección o, incluso, la propia sección radique en una fiscalía de área, siendo también factible que la sección se integre conjuntamente por fiscales pertenecientes a la fiscalía provincial y de área.

Por su parte, la Instrucción de la FGE núm. 1/2015 contempla la obligatoria designación de fiscales de enlace con el/la fiscal delegado/a provincial en aquellos órganos territoriales del Ministerio Fiscal en los que no se encuentre ubicada la delegación, con carácter general en las fiscalías de área.

En todo caso, la operatividad de estas secciones y el cumplimiento de las funciones encomendadas exige la comunicación y colaboración permanente de todos los órganos del Ministerio Fiscal, que se llevará a efecto a través de las juntas de coordinación a que se refieren los arts. 22.10 y 24.3 EOMF.

La dimensión de las secciones especializadas de Derechos Humanos y Memoria Democrática se adaptará a esquemas flexibles para su adecuado acomodo a la plantilla, volumen de actividad y necesidades de cada fiscalía, de acuerdo con los criterios organizativos de la jefatura respectiva, sin que las adscripciones hayan de suponer necesariamente régimen de exclusividad. Nada obsta a que la sección se integre por un solo miembro, en cuyo caso será el/la delegado/a de la especialidad.

La adscripción de fiscales de la plantilla a la sección se realizará de acuerdo con las previsiones del EOMF y RMF, teniendo preferen-

cia aquellos que, por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga se hayan especializado o tengan particular formación en materia de derechos humanos y memoria democrática.

La dirección de las secciones se encomendará a un/a delegado/a provincial, que podrá tener o no la condición de decano/a, en atención a la actividad y volumen de asuntos de la especialidad, las necesidades de la fiscalía y la disponibilidad de medios personales.

Asimismo, en las comunidades autónomas pluriprovinciales se podrá designar un fiscal delegado cuando se considere necesario, cuyo nombramiento corresponderá al Fiscal General del Estado, a propuesta del fiscal superior, de entre los fiscales delegados provinciales.

Los nombramientos se realizarán de conformidad con lo dispuesto en el art. 62.2 RMF y la Instrucción de la FGE núm. 5/2008.

Tanto el/la fiscal delegado/a como los fiscales especialistas integrados en la sección se encuentran bajo la dependencia de la jefatura correspondiente. No obstante, el ejercicio de estas funciones habrá de conjugarse con las atribuciones y competencias que corresponden al Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática.

El fiscal delegado provincial de Derechos Humanos y Memoria Democrática se sitúa al frente de la sección. A él compete la dirección y coordinación de la misma del modo encomendado por la jefatura respectiva, siempre en el marco de las directrices generales fijadas por esta Instrucción y correspondiendo a la jefatura la supervisión, inspección y control inmediato de la actividad desarrollada en la sección.

2. **Funciones**

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 18.3 EOMF, las secciones especializadas territoriales ejercerán las funciones que les atribuyan las respectivas jefaturas en el ámbito correspondiente a la materia que tienen asignada, con arreglo a lo dispuesto en el EOMF, en el RMF y en las instrucciones del Fiscal General del Estado. En consecuencia, la determinación y el desempeño de las atribuciones que corresponden a las secciones de Derechos Humanos y Memoria Democrática deberá armonizarse con las necesidades inherentes a la adecuada prestación del servicio y a la coordinación exigible entre la especialización y las derivadas de una equitativa y eficiente distribución del trabajo en cada fiscalía.

Por ello, el catálogo de funciones asignado a las secciones debe ser desarrollado en cada órgano a criterio de su correspondiente jefa-

tura, en atención a las circunstancias concretas del órgano de que se trate en aspectos como el volumen global de trabajo, el número de expedientes tramitados en la fiscalía y en los órganos judiciales competencia de la especialidad, la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal y el personal auxiliar, la distribución geográfica de los órganos judiciales, la organización de los servicios de guardia y otros análogos. Sin perjuicio de ello, en la organización del servicio se procurará que los procedimientos competencia de la especialidad se despachen directamente por fiscales integrados en la sección.

En todo caso, debe asegurarse a la sección especializada una estructura mínima con la dotación de medios personales y materiales necesarios para el eficiente funcionamiento del servicio y el mantenimiento de la adecuada coordinación a nivel nacional.

De acuerdo con todo ello, corresponden a las secciones de Derechos Humanos y Memoria Democrática las siguientes funciones:

i) Velar por el cumplimiento de los criterios y pautas de actuación establecidos en materia de derechos humanos y memoria democrática por la Fiscalía General del Estado, facilitando a este fin el apoyo y colaboración necesarios de los integrantes de la fiscalía y de las restantes áreas de especialización, asumiendo, cuando la jefatura así lo delegue, funciones de visado.

ii) Despachar e intervenir en las diligencias de investigación, diligencias preprocesales y procedimientos judiciales relativos a las materias comprendidas en la presente Instrucción.

iii) Procurar el adecuado control estadístico de la actividad desplegada por la sección y los órganos judiciales de su ámbito territorial en la materia de su competencia.

iv) Informar al Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática, previo conocimiento de la jefatura respectiva, de todas las diligencias o procedimientos competencia de la especialidad tramitados en su ámbito territorial, en los términos establecidos en esta Instrucción y en la Instrucción de la FGE núm. 1/2015.

v) Remitir a la Unidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática de la Fiscalía General del Estado la información que específicamente se demande sobre actuaciones, diligencias o procedimientos concretos.

vi) Organizar, bajo la supervisión de la jefatura respectiva, el funcionamiento de la propia sección y sus relaciones con otras secciones y/o áreas de actuación de la fiscalía, trasladándole las necesidades, propuestas o sugerencias que se consideren oportunas para la adecuada prestación del servicio, dando cuenta de las cuestiones esenciales al Fiscal de Sala Coordinador.

vii) Elaborar anualmente un informe sobre la actividad desarrollada, los datos estadísticos disponibles, los problemas jurídicos detectados y cuantas sugerencias se consideren oportunas sobre cuestiones organizativas y/o problemas técnico-jurídicos detectados en el ámbito de actuación de la sección, dando traslado del mismo a la jefatura respectiva, así como al Fiscal de Sala Coordinador, al objeto de la elaboración de la correspondiente Memoria.

viii) Mantener las relaciones de colaboración oportunas con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con las Policías autonómicas, dando cuenta de las cuestiones más relevantes al Fiscal de Sala Coordinador.

ix) Mantener las relaciones de colaboración y coordinación oportunas con las autoridades y organismos administrativos con competencias en materia de derechos humanos y memoria democrática a nivel autonómico y/o provincial, particularmente en lo que respecta al procedimiento de localización e identificación de personas desaparecidas a que se refieren los arts. 16 y siguientes de la LMD, dando cuenta de las cuestiones más relevantes al Fiscal de Sala Coordinador.

x) Mantener las correspondientes relaciones de colaboración con el Defensor del Pueblo autonómico o figura análoga en aquellas comunidades autónomas donde existiera y de conformidad con su normativa autonómica aplicable, dando cuenta de las cuestiones más relevantes al Fiscal de Sala Coordinador.

xi) Relacionarse con las asociaciones memorialistas a que se refiere el art. 56 LMD en su ámbito territorial, así como con las organizaciones de la sociedad civil que tengan entre sus fines la defensa de los derechos humanos, dando cuenta de las cuestiones más relevantes al Fiscal de Sala Coordinador.

xii) Poner en conocimiento del Fiscal de Sala Coordinador las eventuales deficiencias en el cumplimiento o implementación de los estándares internacionales de derechos humanos por los poderes públicos en su ámbito territorial de los que tuviera conocimiento en el desarrollo de su función.

xiii) Participar en las reuniones de especialistas que se celebren periódicamente para la unificación de criterios y en cuantas otras para las que sean convocados por el/la Fiscal de Sala Coordinador/a con el fin analizar cuestiones relacionadas con la actividad del área de especialización.

En cualquier caso, la actuación de las secciones de Derechos Humanos y Memoria Democrática y, en general, de quienes integren el área de esta especialidad, debe estar orientada a favorecer y potenciar la necesaria colaboración y coordinación con los restantes ámbi-

tos de actividad del Ministerio Fiscal, particularmente en aquellos supuestos que incidan en materias objeto de otra área de especialización, a cuyo fin velarán por mantener unas relaciones de comunicación fluidas y permanentes con todos los órganos del Ministerio Fiscal y con los restantes miembros de la respectiva fiscalía.

V. CONCLUSIONES

1.ª La creación de un Fiscal de Sala Coordinador de Derechos Humanos y Memoria Democrática ha dado carta de naturaleza legal a una nueva especialidad en el Ministerio Fiscal, cuyo marco competencial se regula en el art. 20.2 ter EOMF.

2.ª La concepción de la memoria democrática como una expresión de los derechos humanos se encuentra ampliamente reconocida por el derecho internacional contemporáneo.

3.ª La Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, se articula en torno a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición (art. 2.1).

En el ámbito de la justicia, el art. 29 LMD impone el deber de investigar las violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario producidas con ocasión de la guerra y la dictadura, otorgando un papel protagonista al Ministerio Fiscal en su misión constitucional de constituirse en garante de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía.

4.ª La competencia de la especialidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática se extiende a todos aquellos procedimientos y actuaciones derivados de la aplicación de la LMD [art. 20.2 ter a) EOMF]. Debe entenderse por tales aquellos que se refieran o afecten directa o indirectamente, individual o colectivamente, a las víctimas enumeradas en el art. 3 LMD.

De acuerdo con dicho precepto, ha de concurrir un elemento de carácter objetivo –la existencia de una violación de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario que haya provocado en una persona o colectivo daños físicos, morales, psicológicos o patrimoniales, o un menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales– y un elemento temporal, que abarca desde el 18 de julio de 1936 al 29 de diciembre de 1978.

De esta manera, se comprende tanto a las víctimas de violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas durante el conflicto armado, como a víctimas de distintos actos o manifestaciones de vio-

lencia, persecución y/o represión, vulneradores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, perpetrados desde las estructuras del Estado o amparados por ellas durante el régimen dictatorial y hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978.

5.ª En el orden penal, la competencia de la especialidad abarca aquellos procedimientos judiciales y diligencias de investigación seguidos por hechos que *prima facie* pudieran ser incardinables en las conductas descritas en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV del Libro II del Código Penal, esto es, delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluyendo los delitos conexos, siempre que afecten a víctimas incluidas en el art. 3 LMD.

Asimismo, serán competencia de la especialidad de derechos humanos y memoria democrática aquellos procedimientos seguidos por hechos que, relacionados con la materia propia de la LMD, pudieran ser constitutivos de cualesquiera de los delitos previstos en el art. 510 CP, siempre que vengan referidos a alguna de las víctimas enumeradas en el art. 3 LMD. En tales supuestos, el conocimiento y control inicial de los atestados policiales relativos a estos hechos corresponderá a las secciones especializadas contra los delitos de odio y discriminación al objeto de asegurar el principio de unidad de actuación y la imprescindible colaboración en el seno del Ministerio Fiscal, así como de facilitar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

6.ª Por lo que respecta a la localización e identificación de personas desaparecidas como consecuencia de la guerra y la dictadura, la competencia de la especialidad comprende la recepción de las comunicaciones de hallazgos de sus restos mortales (arts. 21.1 y 22.1 LMD) y la intervención en cualesquiera actuaciones procesales o extraprocesales que se deriven de ellas, así como de las que, en su caso, se hubieran remitido al órgano judicial.

Una vez recibidas, en caso de que el órgano judicial no hubiera incoado procedimiento alguno, los fiscales incoarán las oportunas diligencias de investigación preprocesal, sujetándose a lo establecido en la Circular de la FGE núm. 2/2022. En su seno, los fiscales remitirán la información recibida a las autoridades competentes en materia de memoria democrática en los casos del art. 21.1 LMD y practicarán aquellas diligencias tendentes a la identificación de los cadáveres mediante análisis de ADN, la reclamación de los informes forenses que se hubieran confeccionado, la comprobación de las circunstancias de la muerte, su data y contexto, así como cuantas fueran precisas para determinar si las víctimas se hallan comprendidas en el art. 3 LMD y para disponer indiciariamente de un relato sobre los hechos.

Cuando, una vez concluida la investigación, no procediera el ejercicio de la acción penal, los fiscales cuidarán de que en el decreto de archivo se consignen minuciosamente las diligencias practicadas y su resultado, así como una descripción pormenorizada de los hechos averiguados.

Archivadas las diligencias de investigación o, en su caso, el procedimiento judicial, los fiscales dispondrán la incoación de las diligencias preprocesales que correspondan, bien sea a los efectos de promover las inscripciones de defunción (arts. 22.5 LMD y 42.1.3.º LRC) o el expediente de jurisdicción voluntaria para declaración de hechos pasados, bien al objeto de adoptar las medidas de reparación a las víctimas que procedan.

7.ª La disposición final tercera de la LMD introduce un nuevo Capítulo XI en el Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (arts. 80 bis a 80 quinquies), que regula los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados.

Estos expedientes serán competencia de esta especialidad en aquellos casos en los que se vean concernidos, directa o indirectamente, individual o colectivamente, quienes tengan la consideración de víctimas del art. 3 LMD, ya sea por haber sido promotores del expediente, por tratarse de hechos que se refieran a ellos, por verse afectados de algún modo por la tramitación o resolución del expediente o por cualquier otra causa análoga.

El Ministerio Fiscal ostenta legitimación activa para promover el expediente (art. 80 ter 2 LJV). Los fiscales especialistas velarán por impulsarlos siempre que tengan conocimiento de hechos que pudieran tener encaje en el art. 80 bis 1 LJV y que afecten o se refieran a cualesquiera víctimas del art. 3.1 LMD, incoando a tal fin las diligencias preprocesales a que se refieren los arts. 5 EOMF y 9.2.º RMF.

Aun cuando no haya sido su promotor, el Ministerio Fiscal será siempre parte en el expediente (art. 80 ter 4 LJV). En estos casos, los fiscales especialistas deberán mantener una actuación proactiva en el procedimiento.

Los fiscales interpondrán recurso de apelación frente a aquellas resoluciones judiciales que sean contrarias a sus peticiones y/o a su posición durante el expediente, en los términos previstos en el art. 80 quinquies LJV.

8.ª En cumplimiento de la obligación impuesta por el art. 42.1.3.º LRC y los arts. 22.5 y 29.3 LMD, en todas aquellas ocasiones en las que los fiscales tuvieran constancia del fallecimiento de una persona desaparecida con motivo de la guerra o de la represión de la dictadura

que no hubiera sido debidamente inscrito, promoverán inmediatamente la inscripción de la defunción en el Registro Civil.

9.ª Las actuaciones derivadas de la aplicación de la LMD que deba llevar a cabo el Ministerio Fiscal en la jurisdicción contencioso-administrativa continuarán despachándose por los fiscales especialistas de lo contencioso-administrativo, garantizándose en todo caso las relaciones de colaboración y la fluida comunicación entre los delegados o coordinadores de ambas áreas de especialización.

Cuando el objeto de la actuación afecte de manera directa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, traiga causa de dictámenes de organismos internacionales o se refiera a procedimientos dimanantes de la aplicación de la LMD, el/la fiscal encargado/a del asunto deberá comunicarlo al fiscal delegado de derechos humanos y memoria democrática, quien, a su vez, lo pondrá en conocimiento de la Unidad especializada.

10.ª Los fiscales velarán por que las víctimas del art. 3 LMD gocen de los derechos reconocidos en el LEVD, que les son de aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 3.4 LMD.

Si ello no se hubiera efectuado con anterioridad, los fiscales incoarán las correspondientes diligencias preprocesales del art. 5 EOMF al objeto de valorar las medidas de reparación previstas en la LMD y en el resto del ordenamiento jurídico que fueran oportunas y que no pudieran acordarse o impulsarse en otro procedimiento. A estas diligencias se les dará el nombre de «diligencias preprocesales de reparación» y en su seno se oirá siempre a la víctima y, en su caso, a los familiares enumerados en el art. 3.3 LMD.

11.ª El/la Fiscal de Sala Coordinador/a de Derechos Humanos y Memoria Democrática tendrá las funciones previstas en el art. 20.2 ter EOMF en los términos de la presente Instrucción, así como aquellas otras expresamente conferidas por la misma y por el resto de doctrina vinculante de la Fiscalía General del Estado.

Habida cuenta de las especificidades de la materia de derechos humanos y memoria democrática y lo novedoso de su objeto, así como su trascendencia social y volumen de asuntos esperable, se considerarán de relevancia a los efectos de supervisión la totalidad de los procedimientos judiciales y actuaciones del Ministerio Fiscal abarcados en la competencia de la especialidad.

12.ª De conformidad con el art. 18.3 EOMF, existirán secciones especializadas de derechos humanos y memoria democrática en cada fiscalía provincial, que se adaptarán a esquemas flexibles para su adecuado acomodo a la plantilla, volumen de actividad y necesidades de cada una, de acuerdo con los criterios organizativos de las jefaturas

respectivas. Será de aplicación lo dispuesto en las Instrucciones de la FGE núm. 11/2005, 5/2008, 4/2011 y 1/2015.

Sin perjuicio de las competencias de los respectivos fiscales jefes, las secciones especializadas territoriales ejercerán las funciones establecidas en la presente Instrucción en el ámbito correspondiente a la materia que tienen asignada, con arreglo a lo dispuesto en el EOMF y el RMF.

En razón a todo lo expuesto, los y las fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

PERIAGO MORANT, Juan José: *Tratamiento penal del falso cultural,* Bosch, 2025, 384 pp.

La obra objeto de esta reseña es la reciente monografía del profesor Juan José Periago Morant, publicada por la editorial Bosch en 2025 y originada a partir de su trabajo de investigación para la oposición a Profesor Permanente Laboral de la Universitat Jaume I de Castellón. El manuscrito, enriquecido por las valiosas aportaciones del tribunal evaluador, constituye una aportación inédita y rigurosa al estudio jurídico-penal de la falsificación de bienes culturales, materia escasamente tratada por la doctrina española.

El profesor Periago, licenciado en Derecho por la Universitat de València y doctor por la Universitat Jaume I, cuenta con una trayectoria profesional y académica que combina experiencia práctica como jurista en centros de ejecución de medidas para menores infractores y una sólida producción científica en Derecho penal, Derecho penitenciario y Criminología. Su creciente interés por la protección jurídico-penal del patrimonio cultural, ámbito en el que ha colaborado estrechamente con la autora de esta recensión, se refleja tanto en sus contribuciones a proyectos de investigación financiados como en su participación en foros especializados y órganos consultivos, como la Junta de Valoración de Bienes Culturales de la Comunitat Valenciana.

La monografía aborda un fenómeno de notable relevancia criminológica: la falsificación de bienes culturales, cuya ausencia de regulación específica en el Código Penal español genera lagunas normativas y dificultades en su persecución penal.

El capítulo introductorio realiza un recorrido histórico sobre las falsificaciones, desde la antigüedad hasta la actualidad, analizando su incremento paralelo al auge del coleccionismo y la evolución del mercado del arte. Entre las diferentes formas de falsificaciones plantea incluso su posible manifestación en el caso de restauraciones arquitectónicas. Pese al carácter acusadamente técnico de los conflictos en materia de restauraciones de bienes

culturales, los tribunales se han pronunciado en alguna ocasión sobre la legalidad de determinadas intervenciones, interpretando los criterios de actuación sobre bienes protegidos. Un ejemplo paradigmático fue el prolongado litigio en torno a la polémica rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto, caso emblemático dentro de la limitada práctica jurisprudencial relativa al control judicial de las intervenciones en edificios protegidos, que ilustra con claridad las dificultades interpretativas y de control judicial en este ámbito. En el supuesto referido, si bien el Tribunal Supremo ordenó inicialmente la demolición del conjunto restaurado, al considerar que más que una rehabilitación se produjo una reconstrucción, se evidenció una causa de imposibilidad legal de ejecución del fallo, declarada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Con todo, Periago sitúa el auténtico eje del fenómeno falsario en la obra pictórica, anticipando cuestiones que serán desarrolladas con mayor detalle en capítulos posteriores, como la relación entre valor y precio o la difusa frontera entre los mercados lícitos e ilícitos. En la actualidad, la comercialización de objetos falsificados, sustraídos o exportados ilícitamente se ha visto acentuada por el uso de Internet y las redes sociales, siendo habitual que las piezas robadas terminen en el pequeño comercio, mientras que las falsificaciones llegan incluso a casas de subastas y catálogos especializados.

El segundo capítulo delimita el objeto de estudio de su obra: el concepto de «falso cultural». A partir de los criterios legales y de la configuración jurisprudencial, tanto europea como española, sobre la consideración de una obra como original, el autor sostiene que la clave distintiva frente a la falsificación reside en el elemento de la autoría, entendido como la atribución legítima y la participación intelectual y material del creador en la obra. Con base en estos elementos –originalidad, autoría y aceptación de la obra por su autor–, formula una definición precisa de «falso cultural», que servirá de eje para el desarrollo posterior de la investigación. Aunque el autor no aborda directamente el impacto de la inteligencia artificial generativa, el marco conceptual que propone resulta especialmente fértil para futuras investigaciones sobre la producción y eventual falsificación de bienes culturales en contextos digitales. Estas tecnologías cuestionan los conceptos clásicos de originalidad y autoría, al diluir los límites entre la creación humana y la automatizada, y plantean nuevos retos para la imputación penal en los delitos de falsificación. Al permitir reproducir obras con una precisión casi indistinguible del original, la IA desafía las categorías tradicionales del falso material e ideológico, abriendo una línea de investigación de gran actualidad sobre la autenticidad, la originalidad y la culpabilidad en el contexto digital.

El tercer capítulo se inicia con un análisis del estado actual del mercado del arte, definido por su gran dinamismo y por la expansión de las transacciones a través de plataformas en línea, fenómeno que ha transformado sus estructuras tradicionales. El autor destaca el doble carácter de este mercado –económico y artístico–, cuyos efectos se proyectan en múltiples sectores, desde la inversión y el coleccionismo hasta la circulación y valoración de las obras. El comercio de bienes culturales, y en particular el de obras de arte, se

ha caracterizado históricamente por su opacidad estructural y su escaso grado de regulación. Este rasgo ha favorecido que las transacciones se desarrollen en un entorno de discrecionalidad y anonimato, donde los intervinientes –coleccionistas, comerciantes e inversores– operan a menudo a través de intermediarios o mediante estructuras fiduciarias que dificultan la identificación del verdadero propietario o beneficiario final. El resultado es un mercado que, aun siendo lícito en su finalidad cultural y económica, presenta una zona gris de elevada vulnerabilidad frente a conductas ilícitas como el blanqueo de capitales, el fraude fiscal o el tráfico de falsificaciones.

Juan José Periago Morant contextualiza el fenómeno del falso cultural a partir de la evolución reciente del mercado del arte y de su progresiva consideración como sector de riesgo desde la perspectiva del Derecho penal económico. En este marco, comparto con el autor la visión, desarrollada en la doctrina italiana más reciente, que subraya la relevancia de la diligencia debida exigible a los operadores del arte y la necesidad de reforzar las obligaciones de transparencia y control ante la falta de trazabilidad de numerosas transacciones. Esta preocupación se ha proyectado normativamente en el ámbito europeo a través de la Directiva (UE) 2018/843, del Parlamento Europeo y del Consejo, conocida como Quinta Directiva de Prevención del Blanqueo de Capitales, que extiende por primera vez las obligaciones de diligencia debida a los profesionales que intervienen en transacciones de arte, incluyendo galerías, casas de subastas y comerciantes, cuando el importe de la operación o de una serie de operaciones vinculadas sea igual o superior a 10.000 euros. En este sentido, la normativa ha supuesto un avance significativo en el reconocimiento del mercado del arte como un sector especialmente vulnerable al blanqueo de capitales, al imponer deberes de transparencia que hasta ese momento quedaban fuera del radar regulatorio, si bien su aplicación práctica en el ordenamiento español sigue planteando relevantes dificultades, pese a su transposición mediante la reforma de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, contribuyendo a la persistencia de un escenario de opacidad en el que la confianza personal continúa siendo un elemento central de las transacciones y en el que el falso cultural puede proliferar y conectarse con otras formas de criminalidad económica.

Así, el análisis del tratamiento penal del falso cultural no puede desvincularse del examen de estas transformaciones normativas y de las tensiones entre la libertad del mercado artístico y la exigencia de transparencia impuesta por el Derecho penal económico europeo.

Un aspecto de especial interés es el relativo a la investigación policial especializada, cuya consideración permite vincular la tipología delictiva con la práctica operativa de su persecución y abre, además, un campo especialmente sugerente para el desarrollo de futuras investigaciones empíricas en materia de delincuencia vinculada al patrimonio cultural. En efecto, la persecución de los delitos vinculados al arte y los bienes culturales requiere de unidades especializadas que combinen conocimientos jurídicos, histórico-artísticos y técnicos, capaces de identificar tanto las falsificaciones como las

redes de tráfico ilícito y blanqueo asociadas. El autor plantea con razón los notables retos probatorios y operativos para dichas unidades, que a menudo carecen de recursos técnicos, humanos y de cooperación internacional adecuados.

Antes de adentrarse en el examen específico de las falsificaciones, el cuarto capítulo revisa el marco penal vigente de protección del patrimonio histórico y cultural, introducido por el Código Penal de 1995 en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 46 de la Constitución Española. En este contexto, subraya la compleja concurrencia competencial administrativa existente en materia de protección del patrimonio histórico español, donde confluyen competencias estatales y autonómicas, lo que a menudo genera solapamientos y dificultades de coordinación en la tutela efectiva del patrimonio histórico.

El nuevo texto punitivo incorporó por primera vez en la historia de la codificación penal, dentro de su Título XVI («Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente»), un Capítulo II, bajo la rúbrica «De los delitos sobre el patrimonio histórico». Con ello se configura un sistema de tutela penal directa que reconoce al Patrimonio Histórico como bien jurídico autónomo, desvinculándolo parcialmente de la protección genérica de la propiedad. No obstante, el autor recuerda el carácter mixto de la regulación, pues junto a este nuevo capítulo subsisten subtipos agravados en otros preceptos del Código, especialmente entre los delitos contra la propiedad, cuando el objeto material posee valor cultural. Esta dualidad normativa ha llevado a parte de la doctrina a calificar el modelo como un «fraude de etiquetas», al ser más numerosas las tipologías relacionadas con bienes culturales situadas fuera del capítulo específico. La acentuación del carácter patrimonial conlleva asimismo el que los atentados a los bienes culturales quedan semiocultos en las estadísticas criminales, al incardinarse en los apartados correspondientes a los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico (Título XIII).

Adicionalmente, el Dr. Periago plantea una reflexión terminológica de indudable interés: si la denominación de «Patrimonio Histórico» resulta realmente adecuada para expresar el valor protegido, o si, por el contrario, sería más oportuno adoptar la de «Patrimonio Cultural», más amplia e inclusiva. Su conclusión se inclina acertadamente por esta segunda opción, en consonancia con los instrumentos internacionales y europeos, así como con la más reciente normativa autonómica, que han tendido a ampliar el concepto de patrimonio hacia una visión integral y dinámica de la cultura.

Comienza a partir de aquí la que considero la segunda parte de la obra y su aportación más original: el análisis jurídico-penal de las falsificaciones de bienes culturales. El autor, partiendo de la concepción procedimental de Vives Antón sobre el bien jurídico, defiende la legitimidad constitucional de prohibir penalmente tales conductas, en tanto que la veracidad de los bienes culturales integra un bien jurídico de relevancia constitucional. Se plantea si Juan José Periago Morant aborda la cuestión desde una sólida fundamentación dogmática, partiendo de la concepción procedimental del bien jurídico

elaborada por Vives Antón para defender la legitimidad constitucional de la prohibición penal de estas conductas, en la medida en que la veracidad de los bienes culturales integra un bien jurídico de indudable relevancia constitucional. Sobre esta base, el autor se interroga acerca de si dicha veracidad, en cuanto manifestación del patrimonio cultural, posee la suficiente entidad para justificar una tutela penal autónoma, recurriendo para ello al análisis comparado de la experiencia italiana tras la reforma legislativa de 2022 sobre la *contrafazzione di opere d'arte,* configurada como un delito pluriofensivo orientado a la protección simultánea del mercado del arte, del adquirente y de la fe pública.

A partir de este planteamiento, la obra examina críticamente la respuesta del ordenamiento penal español frente a la falsificación de bienes culturales, destacando la ausencia de un tipo específico y la remisión habitual al delito de estafa, en particular al subtipo agravado relativo a bienes que integran el patrimonio histórico, cultural, artístico o científico (art. 250.1.3.º CP). Como pone de relieve el autor, se trata de una figura de escasa aplicación práctica, ya que la jurisprudencia suele considerar que la venta de una obra falsa como auténtica no puede subsumirse en la agravante de valor cultural, precisamente por carecer la falsificación de tal condición, lo que conduce en la mayoría de los casos a la calificación de los hechos como estafa genérica.

Asimismo, Periago Morant examina la frecuente vinculación doctrinal entre la falsificación de bienes culturales y los delitos contra la propiedad intelectual, especialmente en el ámbito de las obras pictóricas. En este contexto, su análisis permite situar determinados supuestos que la doctrina ha venido calificando como «plagio invertido», expresión acuñada por otros autores para describir aquellos casos en los que un autor poco conocido atribuye una obra propia a un artista de reconocido prestigio con la finalidad de obtener un beneficio económico mediante el aprovechamiento de su fama.

A partir de esta reconstrucción, el autor pone de relieve las dificultades que plantea la respuesta penal, distinguiendo entre los supuestos en los que se realizan copias exactas de una obra original atribuidas falsamente a un autor célebre –respecto de los cuales la doctrina no ofrece una solución unívoca en relación con la aplicación del artículo 270.1 CP– y aquellos otros en los que únicamente se imita el estilo o la técnica del artista y se falsifica su firma, casos en los que descarta la existencia de reproducción ilícita y apunta a su calificación como falsedad, con las correspondientes responsabilidades civiles derivadas de la lesión de los derechos del autor.

De este análisis se desprenden, como subraya el propio autor, las notables dificultades prácticas que plantea la aplicación tanto de los subtipos agravados de estafa como de los delitos contra la propiedad intelectual en los supuestos de falsificación de obras de arte, lo que lleva a una parte significativa de la doctrina –entre la que se incluye Periago Morant– a reclamar la tipificación específica de estas conductas. En este sentido, la obra sitúa el debate en un contexto más amplio, aludiendo al incipiente movimiento existente en el ámbito europeo, ejemplificado por el Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos contra los bienes culturales, que incorpora entre sus figuras típicas la

falsificación de documentos vinculados a bienes culturales con la finalidad de aparentar su procedencia lícita, evidenciando un esfuerzo por cerrar las lagunas existentes en materia de trazabilidad y autenticidad.

Los capítulos séptimo a noveno constituyen una de las aportaciones más innovadoras de la obra, al ofrecer una tipología sistemática de las distintas modalidades de falsificación de bienes culturales, distinguiendo entre el falso pictórico, el falso arqueológico y la falsificación de esculturas. Cada una de estas categorías es objeto de un análisis específico y riguroso, que atiende a sus particularidades técnicas, al marco normativo aplicable y a la jurisprudencia más significativa, proporcionando así una visión ordenada y novedosa de un ámbito escasamente abordado en la doctrina. Entre los casos analizados destacan dos resoluciones paradigmáticas: por un lado, la relativa al expolio arqueológico de la necrópolis de Aratikos, donde varios cascos celtíberos fueron restaurados de forma rudimentaria con el propósito de ser exportados ilícitamente; y, por otro, el caso de Iruña-Veleia (Álava), donde se enjuiciaron falsificaciones epigráficas y arqueológicas que afectaron gravemente al patrimonio y a la investigación científica. Ambos supuestos ilustran con claridad el perjuicio patrimonial y cultural derivado de estas prácticas, así como la complejidad jurídica y probatoria que entraña su persecución penal.

El análisis incorpora además referencias al ya citado Convenio del Consejo de Europa, así como al régimen de diligencia debida exigido a los operadores del arte y al encaje de determinadas conductas en la responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista en el artículo 31 bis del Código Penal. Si bien, como advierte el autor, no existen aún resoluciones judiciales relevantes sobre la materia, subraya la importancia de que las empresas dedicadas al comercio de arte y antigüedades adopten y apliquen de forma efectiva sistemas de cumplimiento normativo penal (*criminal compliance*). Tales mecanismos no solo permiten prevenir o atenuar la responsabilidad derivada de posibles delitos cometidos por directivos o empleados, sino también preservar la reputación corporativa frente a las instituciones y autoridades, en un mercado del arte cada vez más internacionalizado y sujeto a mayores exigencias de transparencia.

El capítulo final culmina la obra con una propuesta de tipificación específica del «falso cultural», inspirada en modelos comparados, en particular el italiano, que contempla como conductas punibles la falsificación, alteración o reproducción de bienes culturales con ánimo de lucro. Lejos de limitarse a una formulación abstracta, el autor examina las dificultades probatorias que plantea este tipo penal, especialmente en relación al elemento subjetivo del conocimiento de la falsedad, y analiza con rigor cuestiones como la proporcionalidad de las penas, su coexistencia con otros delitos y los problemas concursales que podrían originarse.

Las conclusiones numeradas ofrecen una síntesis clara y ordenada de los principales hallazgos de la investigación y subrayan la necesidad de una protección penal coherente y unificada del patrimonio cultural, capaz de superar la actual fragmentación normativa. En coherencia con la doctrina especializada, Periago Morant propone integrar todos los delitos que atentan contra el patrimo-

nio cultural en un único capítulo, lo que permitiría mejorar la sistematización jurídica, elaborar estadísticas más precisas y optimizar la asignación de recursos especializados. Esta propuesta se alinea con la concepción del patrimonio cultural como bien jurídico autónomo, cuya protección debe ir más allá de su dimensión puramente económica, y con la exigencia de reforzar la respuesta penal frente a un fenómeno cuya magnitud y complejidad aún no se encuentran adecuadamente dimensionadas. En definitiva, la monografía de Juan José Periago Morant constituye una aportación de indudable relevancia al debate sobre la tutela jurídico-penal del patrimonio cultural; por la solidez de su argumentación, su enfoque interdisciplinar y la coherencia de su propuesta normativa, se consolida como una obra de referencia para juristas, criminólogos y profesionales vinculados al ámbito del arte y la protección del patrimonio.

Cristina Guisasola Lerma
Catedrática de Derecho Penal. Universitat de València. Estudi General

ALONSO SALGADO, Cristina; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana; VALIÑO CES, Almudena (Dirs.), *Nuevos retos tras veinte años de vigencia de la LO 1/2004.* Dykinson, Madrid, 2024, 163 pp.

La obra *Nuevos retos tras veinte años de vigencia de la LO 1/2004,* publicada por la editorial Dykinson y dirigida por Cristina Alonso Salgado, Ana Rodríguez Álvarez y Almudena Valiño Ces, constituye un estudio exhaustivo sobre la evolución de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004). Esta monografía no se limita a un análisis técnico-jurídico de la norma, sino que aborda su impacto desde una perspectiva multidisciplinar, integrando enfoques del derecho penal, el derecho procesal, la sociología, la criminología y la psicología. A través de un riguroso estudio basado en evidencias empíricas y reflexiones teóricas, la obra plantea un balance crítico de las dos décadas de vigencia de la ley, evaluando sus avances, identificando sus deficiencias y proponiendo reformas para enfrentar los nuevos desafíos en la lucha contra la violencia de género.

Desde su promulgación, la LO 1/2004 ha sido considerada un referente en la normativa de protección contra la violencia de género, tanto a nivel nacional como internacional. Su enfoque integral, que combina medidas de prevención, asistencia a las víctimas y sanción penal, ha servido de modelo para otras legislaciones y ha sido valorado positivamente por organismos como Naciones Unidas y la Unión Europea. Sin embargo, el paso del tiempo ha evidenciado la necesidad de adaptar y reforzar ciertos aspectos de la ley para hacer frente a nuevas formas de violencia de género y mejorar la eficacia de los mecanismos existentes. El propósito del libro trasciende la mera descripción del estado actual de la norma para analizar los retos jurídicos, políticos y sociales que enfrentará en el futuro.

Uno de los primeros capítulos de la obra, escrito por M.ª Luisa Ibáñez Martínez, ofrece un detallado análisis sociológico sobre la evolución de la percepción social de la violencia de género en los últimos veinte años. A través de un estudio comparativo de datos estadísticos y encuestas de percepción ciudadana, la autora examina cómo ha cambiado la concienciación sobre este problema y cuáles son los obstáculos que aún persisten en la erradicación de la violencia machista. Su argumentación pone en relieve el cambio de paradigma que supuso la LO 1/2004, al visibilizar la violencia de género como un problema estructural y no como un fenómeno aislado dentro del ámbito doméstico. No obstante, también advierte sobre la persistencia de discursos negacionistas y la necesidad de seguir invirtiendo en educación y campañas de sensibilización para consolidar los avances logrados.

En una línea similar, Anxo Varela Hernández introduce un tema de gran relevancia en el actual debate público: la desinformación de género y su impacto en la formulación de políticas públicas. Su capítulo explora cómo la manipulación informativa y la difusión de noticias falsas sobre la violencia

de género han generado resistencias a las medidas de protección y han alimentado discursos que minimizan o niegan la existencia del problema. La autora pone el foco en uno de los mayores desafíos actuales en la lucha contra la violencia de género: la necesidad de combatir la desinformación con datos rigurosos y estrategias comunicativas efectivas que impidan la erosión del consenso social sobre la importancia de la prevención y sanción de la violencia machista.

Otro de los capítulos centrales de la obra, escrito por Ana I. González Fernández, aborda el impacto de la feminización de la judicatura en la aplicación de la perspectiva de género en las resoluciones judiciales. Su análisis parte de la premisa de que la presencia de mujeres en la judicatura ha permitido una mayor sensibilidad en la interpretación de los casos de violencia de género, aunque persisten desafíos en la erradicación de estereotipos dentro del ámbito judicial. Su estudio pone de relieve la importancia de la formación en perspectiva de género para jueces y magistrados, ya que una interpretación errónea de los hechos puede derivar en resoluciones que no garanticen una protección efectiva a las víctimas.

En el ámbito estrictamente normativo, Laura Álvarez Suárez examina las limitaciones y desafíos legales en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres, centrándose en cuestiones clave como la prohibición de la mediación en casos de violencia de género, el derecho de dispensa de la víctima a declarar y la suspensión del régimen de visitas a menores cuando se ha constatado una situación de maltrato. Su análisis se enriquece con un estudio comparado de otras legislaciones europeas y con una proyección sobre los cambios normativos que serán necesarios para adaptar la ley a las directrices de la nueva Directiva de la Unión Europea sobre violencia de género. Su argumentación plantea un dilema fundamental: cómo garantizar un equilibrio entre la protección de las víctimas y el respeto al derecho de defensa del acusado en el marco de un proceso penal garantista.

El libro no solo se centra en el análisis jurídico de la LO 1/2004, sino que también incorpora reflexiones sobre el impacto de la digitalización y la inteligencia artificial en la violencia de género. En este sentido, José Luis Mateos Crespo examina la vulneración de derechos fundamentales a través del uso de la inteligencia artificial y cómo estas tecnologías han sido utilizadas para nuevas formas de violencia, como el ciberacoso, la suplantación de identidad o la difusión de contenido sexual sin consentimiento. Su estudio plantea una cuestión clave para el derecho penal y la regulación de la tecnología: la necesidad de establecer mecanismos de protección específicos para prevenir y sancionar estas nuevas formas de violencia digital.

Otra de las contribuciones más innovadoras del libro es la de Noelia Valenzuela García, quien analiza la relación entre el *sexting*, la pornografía y el sexismo en la adolescencia. Su estudio se basa en investigaciones recientes sobre la influencia de la pornografía en la construcción de la sexualidad en los jóvenes y en cómo esta exposición temprana a contenidos hipersexualizados puede reproducir dinámicas de violencia y control en las relaciones de pareja. Su análisis destaca la urgencia de implementar programas de educa-

ción afectivo-sexual en los centros educativos como herramienta clave para la prevención de la violencia de género en las nuevas generaciones.

En definitiva, Nuevos retos tras veinte años de vigencia de la LO 1/2004 es una obra imprescindible para comprender la evolución de la legislación sobre violencia de género en España y los desafíos que aún persisten en su aplicación. Su riqueza analítica radica en su enfoque multidisciplinar, que permite no solo una valoración crítica de los avances logrados, sino también una reflexión profunda sobre las reformas necesarias para fortalecer la protección de las víctimas y erradicar la violencia machista de manera efectiva. Su principal aportación es la generación de un debate informado y fundamentado sobre la necesidad de adaptar las políticas públicas y el marco normativo a las nuevas realidades sociales y tecnológicas.

El libro concluye con una serie de propuestas de mejora que abarcan desde la necesidad de reforzar la formación en perspectiva de género para los operadores jurídicos hasta la incorporación de medidas más eficaces para combatir la violencia digital y garantizar una mayor protección a las víctimas. A lo largo de sus capítulos, la obra nos recuerda que, si bien la LO 1/2004 supuso un hito en la lucha contra la violencia de género, su plena efectividad solo será posible si se siguen impulsando reformas que respondan a los nuevos desafíos sociales, tecnológicos y jurídicos. En este sentido, su lectura resulta fundamental tanto para juristas, legisladores y profesionales de la intervención social como para cualquier persona interesada en la erradicación de la violencia de género desde una perspectiva integral y basada en la evidencia científica.

DIEGO FIERRO RODRÍGUEZ

Letrado de la Administración de Justicia
Codirector de la *Revista Acta Judicial*

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia. Estudio General

Secretario

ANTONIO FERNÁNDEZ HERNANDEZ

Profesor Titular de Derecho Penal (Acr. CU)

Universidad Jaume I

Consejo de Redacción

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Profesor Titular de Derecho Penal (Acr. Cu)
Universidad Rey Juan Carlos

CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ
Profesora titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

LUZ MARÍA PUENTE ABA
Profesora titular de Derecho Penal (Acr. CU)
Universidad de La Coruña

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

MIRIAM CUGAT MAURI
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

Consejo Asesor

ADELA ASUA BATARRITA
Catedrática de Derecho Penal
Universidad del País Vasco (jubilada)

JAVIER BOIX REIG
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia (jubilado)

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Granada (jubilada)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Barcelona (jubilada)

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 (jubilado)

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (jubilado)

JESÚS M.ª SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra

MANUEL MARCHENA GÓMEZ
Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Jurista español experto en Derecho Penal,
catedrático emérito y profesor colaborador honorífico
Universidad Complutense de Madrid