ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXXIX

MMXXVI



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 45 23

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 LXXIX
MMXXVI

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

Rodrigo Fabio Suárez Montes, por Javier Gustavo Fernández Teruelo 7

Enrique Bacigalupo Zapater, por Carlos Pérez del Valle, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y María Luisa Silva Castaño 13

Diego Manuel Luzón Peña, por Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo 19

SECCIÓN DOCTRINAL

Primera toma de contacto con el eurodelito de vulneración de medidas restrictivas de la UE, por Juan Carlos Ferré Olivé 25

Criminalidad policorporativa, diligencia debida ambiental y responsabilidad de los administradores, por Raquel Montaner Fernández 59

Sobre la aplicación actual de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (LORE) y su evolución desde su entrada en vigor en España, por Miguel Ángel Núñez Paz 125

La violencia vicaria en el sistema de justicia penal, por María Jesús Guardiola Lago 179

Delincuentes sexuales menores de edad: las singularidades de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos 219

Trazabilidad cognitiva e ignorancia deliberada: reconstrucción epistémica del no saber, por Lorena Varela 273

El mito de la imprudencia grave: anatomía de una incoherencia sistémica, por Roberto Cruz Palmera 305

Las necesidades de las víctimas y el populismo penal: los peligros de la instrumentalización de las víctimas en la política criminal, por Alberto Baixauli Fernández 387

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: aplicación práctica y nuevas propuestas, por Juan Manuel Ortells Pastor 487

La práctica negociadora en el juicio rápido: análisis jurídico y consideraciones garantistas, por Rafael Linares Membrilla 557

La declaración de la víctima como prueba única en los delitos sexuales: una aproximación desde la perspectiva de género y el razonamiento probatorio, por Manuel Pérez Mano 595

Actitudes feministas y firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer a nivel individual. Un contraste de dos hipótesis opuestas, por Alfonso Serrano Maíllo 629

Pornografía no violenta y delitos contra la libertad sexual en España (2018–2024): evidencia empírica, dinámica grupal y relevancia jurídico-penal, por Carla de Paredes Gallardo 679

PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

¿Jueces legisladores? El papel de la Jurisprudencia en la creación normativa penal y los límites de su retroactividad, por Mar Jiménez Company 721

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por Gemma Martínez Galindo 757

Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Sergio Cámara Arroyo 807

Sentencias de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2025, por Eduardo de Urbano Castrillo 927

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, por Ángela Casals Fernández 949

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

REVISTA DE LIBROS

Reseña del libro *Derecho Penal. Parte General*, de Jesús María Silva Sánchez, por Fernando Velásquez Velásquez 1027

NECROLÓGICA

Rodrigo Fabio Suárez Montes

(La Peroja –Orense–, 11 de septiembre de 1928 –
Madrid, 13 de abril de 2026)

En la noche del lunes 13 al 14 de abril de 2026 fallecía en Madrid el catedrático Fabio Suárez Montes, quien, durante toda su carrera profesional, ejerció al servicio del Derecho penal en la Universidad española, fundamentalmente en la Universidad de Oviedo.

Desde un punto de vista académico, la figura del Profesor Doctor Rodrigo Fabio Suárez Montes es la de un universitario integral, caracterizado por una entrega generosa y sin reservas a sus tareas docentes e investigadoras. La vocación universitaria del Profesor Suárez Montes se puso de manifiesto, en primer lugar, en su dedicación permanente y sin discontinuidad a la Universidad española desde que, en el año 1953, comenzara la elaboración de su tesis doctoral en Granada. Esta dedicación a la Universidad ha sido siempre exclusiva, incluso en tiempos en los que tal situación difícilmente era sostenible desde el punto de vista económico.

El citado compromiso del Profesor Suárez Montes se traduce, en primer lugar, en la actividad docente por él desempeñada a lo largo de su larga carrera universitaria. En este capítulo merece destacarse que Suárez Montes asumió las explicaciones de las diferentes asignaturas en condiciones sumamente difíciles, desde el punto de vista del número de profesores adscritos al entonces Departamento de Derecho penal de la Universidad de Oviedo, lo que le obligó en muchas ocasiones a redoblar su esfuerzo, ocupándose de numerosos grupos de alumnos, sin que por ello flaqueara su voluntad de entrega a su institución académica y sin dejar de preparar con esmero las clases teóricas y prácticas, los seminarios de iniciación a la investigación, los sucesivos cursos monográficos de doctorado, etc., tal y como lo muestra su intachable hoja de servicios. Ello le ha valido el aprecio de las sucesivas promociones de alumnos que, en distintas ocasiones,

le testimoniaron su reconocimiento y gratitud. El esfuerzo docente se vio redoblado en los últimos años de su carrera académica, a partir de la creación del Título Propio de Criminología al que más adelante se aludirá.

La actividad investigadora del Profesor Suárez Montes, objeto de evaluación positiva en todas sus etapas de desarrollo, se ha caracterizado por el rigor científico y metodológico. El momento decisivo en la vida del Profesor debe situarse en su acceso privilegiado al grupo de investigadores formados en la Universidad de Bonn en los años cincuenta del pasado siglo, en torno a la figura de Hans Welzel. En sus estancias por un periodo global superior a dos años (además de otros contactos personales y científicos con penalistas de la talla de Gallas, en Heidelberg, o el equipo en torno a Jescheck, del Max-Planck-Institut de Friburgo), el Profesor Suárez Montes tuvo ocasión de empaparse del «nuevo sistema» de delito y, junto a otros profesores españoles coetáneos, se convirtió en introductor en España de la nueva corriente dogmática. Pero su tarea no ha sido la de un simple «divulgador». La obra del Profesor Suárez Montes se caracteriza por el debate vivo y valiente con sus maestros alemanes, siempre en diálogo respetuoso pero crítico, en el que no deja de manifestar, de manera precisa, alguna de las contradicciones inherentes al sistema finalista. Hito fundamental de este aspecto de su actividad investigadora lo constituye su monografía publicada en 1963 que lleva por título *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, donde encontramos la tajante afirmación (convertida hoy en lugar común) de que «lo nuevo del finalismo no es tanto la doctrina final de la acción, cuanto la concepción final del injusto». De esta manera, la preocupación del Profesor Suárez Montes se va a concentrar en los aspectos nucleares de la teoría del delito, línea de investigación proseguida en otros trabajos, como el publicado (en alemán) en el Libro-Homenaje a Hans Welzel, o sus estudios sobre la tentativa inidónea o sus posteriores reflexiones en torno a la estructura del injusto penal.

La inquietud científica del Profesor Suárez Montes no se reduce, sin embargo, a esta permanente preocupación por los aspectos nucleares de la teoría del delito, sino que encuentra proyección hacia diversos campos, en un sentido que aquí sólo se puede esbozar. Una de las preocupaciones centrales de los penalistas españoles de su generación fue la convivencia con un Código Penal que mostraba todavía claras reminiscencias del viejo principio *versari in re illicita*, el cual posibilitaba la imputación de responsabilidad penal en términos puramente objetivos, esto es, al margen de la culpabilidad del sujeto. Una de las

líneas constantes en la actividad investigadora del Profesor Suárez Montes se orientó a desentrañar el fenómeno de la responsabilidad objetiva en sus diversas manifestaciones (preterintencionalidad, cualificación por el resultado, etc.), poniendo de manifiesto las exigencias que en cada campo particular comporta la plena aplicación del principio «ninguna pena sin culpabilidad». Desde esta perspectiva, cabe decir sin exageración que el Profesor Suárez Montes ha sido el máximo especialista español en el fenómeno legislativo conocido como «delitos cualificados por el resultado», a cuyo esclarecimiento ha contribuido con diversos trabajos monográficos.

Del resto de las aportaciones a la Parte General del Derecho Penal destacaremos tan sólo su fina caracterización del fenómeno de las «psicopatías», uno de los problemas centrales de la teoría de la imputabilidad, donde se ventila la importante cuestión de en qué medida las denominadas «personalidades psicopáticas» son susceptibles de motivación normativa, a los efectos de determinar la plena capacidad penal.

Pasando a la Parte Especial del Derecho Penal, y con la simplificación que impone la índole de esta breve semblanza, cabe reconducir la actividad investigadora del Profesor Suárez Montes a tres sectores principales. En primer lugar, el campo de los delitos de lesiones, uno de cuyos problemas centrales, la relevancia que cabe asignar al consentimiento de la víctima de la lesión, ha sido objeto de especial atención, como lo demuestra la existencia de dos libros que reflejan nítidamente los vaivenes legislativos (y, en último término, político-criminales) en torno a este problema central de la Parte Especial del Derecho Penal. Otro campo fecundo de investigación ha sido el de los delitos patrimoniales y económicos, objeto, estos últimos, de una investigación pionera, en 1963, para el Congreso de la Asociación Henri Capitant. Cabe también destacar, con relación al mencionado grupo de delitos las contribuciones de Suárez Montes relativas a la protección penal de los títulos valores (que le convirtieron entonces en el máximo especialista en los aspectos penales del cheque) y al delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, si bien su atención se dirigió también esporádicamente a otros delitos patrimoniales (estafa, robo con homicidio, etc.). Por fin, el tercero de los puntos de referencia en cuanto a investigación de la Parte Especial lo constituye el grupo de los delitos de los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, especialmente en lo que se refiere a las conductas de malversación de caudales públicos y de tráfico de influencias.

No se reduce, sin embargo, a estos tres campos (ya de por sí importantes) la inquietud del profesor Suárez Montes en lo que a problemas

de Parte Especial se refiere. Del resto de sus contribuciones nos limitamos a destacar, en aras de la brevedad del presente escrito, su trabajo monográfico de 1968 sobre el delito de allanamiento de morada, que abrió sin duda el camino en el estudio dogmático de esta figura delictiva, objeto hasta entonces de escasa atención por los tratadistas.

Como resumen de la actividad investigadora de Suárez Montes, podemos concluir que esta no se caracterizó por la complacencia en tareas sencillas, sino que se ha dirigido al análisis de los problemas más oscuros y dificultosos de nuestra disciplina, siendo pionero en muchos de los campos tratados, pese a lo cual ha salido siempre airoso, debido fundamentalmente al incomparable rigor metodológico que le caracterizó como auténtico investigador.

Las actividades docente e investigadora brevemente reseñadas no agotan la contribución del Profesor Suárez Montes a la Universidad española. Debido a las carencias de profesorado, sostuvo el peso casi exclusivo de tareas complementarias, como pueden ser la dirección del entonces Departamento de Derecho Penal, con la carga correspondiente de tareas administrativas y la ordenación (casi se puede hablar de verdadera creación) de una biblioteca que sirve hoy de soporte a la actividad investigadora en Derecho penal de su Universidad. En esta condición de director del Área, y como fruto de las vocaciones suscitadas por seminarios y cursos de doctorado, ha dirigido varias tesis doctorales, todas las cuales muestran la impronta del trabajo serio y riguroso realizado sin las –hoy tan frecuentes– prisas de origen más o menos pragmático.

Capítulo aparte merece la dimensión de los intercambios científicos. Ya hemos destacado alguna de las diversas estancias investigadoras del Profesor Suárez Montes en las universidades alemanas. Fruto de las relaciones científicas y personales entabladas con tal ocasión fue su continua invitación a cuantos foros académicos nacionales e internacionales se convocaban, con el fin de debatir los problemas propios de la disciplina. En este sentido, la actividad de Suárez Montes ha sido exponente ejemplar del alto grado de comunicación alcanzado entre la ciencia penal española y la alemana, alentado en buena medida por las sucesivas reuniones de la Fundación Humboldt, en las que siempre participó activamente.

En esta misma línea, se debe destacar su intensa contribución al debate de las últimas décadas en torno a la reforma del sistema penal español. Sus profundos conocimientos de derecho penal comparado, así como del curso histórico de los problemas, dotan de especial relieve a su aportación en pro de un modelo penal a la altura de los nuevos tiempos y acorde con el existente en los países de nuestro

entorno cultural. La dimensión dogmática ya destacada en el perfil investigador de Suárez Montes se ve así completada por su permanente preocupación en clave político-criminal. De ahí sus varias aportaciones a la Reforma Penal en España.

Mención aparte merece la inmensa tarea en la que el Profesor Suárez Montes se volcó en su última década de trabajo en su Facultad. El complejo, y muchas veces ingrato, proceso de creación de los estudios de Criminología en la Universidad de Oviedo, su dirección durante varios años –los primeros y por ello los más difíciles– y su participación en sus actividades docentes absorbieron una gran parte de su tiempo durante ese último largo periodo. Una vez más, el bien común académico, en la medida en que los estudios reseñados, varios años después, se convirtieron en Grado oficial, ha prevalecido sobre el interés personal, sacrificando no sólo el tiempo dedicado a sus tareas investigadoras, sino también una parte importante de su tiempo libre, en lo que no es más que un nuevo ejemplo de su intenso espíritu universitario y de un compromiso que fue mucho más allá de las obligaciones legalmente establecidas, pese a que pocas veces fue reconocido en su justa medida.

Una semblanza, por breve que sea, de la figura del profesor Suárez Montes no se entendería sin una explícita referencia a su familia y en particular a su mujer Cristina, y a su hijo, José. Y no solo por el enorme cariño con el que siempre se ha referido a ellos, sino porque precisamente ellos han sido un complemento esencial que también ha contribuido al éxito académico del profesor Suárez Montes. En momentos especialmente difíciles este apoyo ha sido crucial; de entre ellos merece destacarse el citado largo periodo de creación de los estudios de Criminología de la Universidad de Oviedo a finales de los años noventa del siglo pasado; fue una tarea intensa y agotadora que le obligó a un grado de dedicación casi exclusivo. Cristina ha sido el complemento necesario que le ayudó a alcanzar muchos de los logros que coronan su vida académica. Ella ha asumido estas situaciones con paciencia y cariño, sabiendo lo importante que para él ha sido la vida académica. Sirvan por ello también estas líneas como un reconocimiento a su persona.

En definitiva, por las razones citadas y otras muchas, que no es posible enumerar, son estas líneas un reconocimiento a un hombre bueno y a un universitario ejemplar en todas sus dimensiones. No son estas palabras vacías; son sencillamente las que primero nos vienen a la mente cuando pensamos en Fabio (permítasenos ahora la licencia de cambiar a un tratamiento más cercano) y cuando hemos intentado resumir (tarea nada sencilla) en unas pocas páginas lo que él ha

supuesto para el Derecho penal, para la Universidad y sobre todo para los que lo queremos. Por ello tampoco resulta fácil separar al profesor universitario y maestro del amigo, consejero y ejemplo vital. De Fabio hemos aprendido mucho y no solo Derecho penal. Valores como la amistad, la tolerancia (entendida como el respeto a las ideas de los demás), la justicia o la lealtad, entre muchos otros, han marcado su trayectoria y por ello han impregnado a los que con él hemos compartido todos estos años.

Javier Gustavo Fernández Teruelo
Catedrático de Derecho Penal, CUNEF Universidad

Enrique Bacigalupo Zapater

(Buenos Aires, 14 de julio 1938 – Madrid, 16 de julio de 2026)

El pasado 16 de julio ha fallecido el Profesor Enrique Bacigalupo, que fue Catedrático de Derecho penal y Magistrado del Tribunal Supremo. Había nacido el 14 de julio de 1938 en Buenos Aires, y allí había seguido la educación secundaria en el prestigioso Liceo Militar, como su buen amigo Esteban Righi. Tras cursar sus estudios de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, en un ambiente académico de excelencia, inició su carrera dogmática bajo la tutela de Luis Jiménez de Asúa, que había fijado allí su residencia en el exilio y que ocupaba una plaza como profesor en la Facultad de Derecho. En un primer momento como ayudante, y después como profesor asistente, mantuvo esta relación de discipulado hasta que, en 1970, falleciera Jiménez de Asúa. En aquellos años, y tras la obtención de una beca de la Fundación *Alexander von Humboldt*, fue investigador de larga duración en la Universidad de Bonn, donde dirigía el Seminario de Filosofía del derecho Hans Welzel y ocupaba otra plaza de profesor su discípulo Armin Kaufmann. En aquellos años ya tuvo oportunidad de conocer a muchos otros discípulos de Welzel: Hans Joachim Hirsch, Günter Stratenwerth o Günther Jakobs, entre otros; pero también a otros universitarios en los inicios de su vida académica, como Claus Roxin, Wolfgang Schöne, Klaus Adomeit o Enrique Gimbernat, en aquellos años en Alemania.

Se doctoró en la Universidad de Buenos Aires en 1970 con una tesis que llevaba por título *Delitos impropios de omisión* y que había escrito en Bonn, y a la que le fue otorgado el premio Florencio Varela de la Universidad de Buenos Aires y el premio Enrique Galli a la producción jurídico-científica nacional, que otorgaba el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. En 1971, obtuvo por concurso una plaza de Profesor ordinario en la Universidad de Buenos Aires y, con el acceso a la Presidencia de Argentina de Héctor Cámpora, fue nombrado Procurador del Tesoro. Después del regreso del general Perón, dejó el cargo y regresó a la Universidad, pero, tras la muerte de aquél, en 1974, fue expulsado de la Universidad. En aquellos meses, ante indicios muy serios de que su vida y la de su familia corrían riesgo, regresó a Alemania con Marta, su esposa, y con sus hijos Silvina y Mariano.

En esta segunda estancia fue obteniendo becas de forma sucesiva: inicialmente, del DAAD; después, la renovación de la beca Humboldt; y posteriormente, de la Fundación Heinrich Hertz y del entonces Ins-

tituto Max Planck de derecho penal extranjero y comparado de Friburgo de Brisgovia. También tuvo actividad docente mediante un Lehrauftrag en la Universidad de Bonn y tradujo del alemán al castellano muchos artículos y dos libros: la *Teoría de las normas* de Armin Kaufmann (que tradujo junto a Ernesto Garzón Valdés) y de la *Teoría del tipo penal – Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* de Claus Roxin. Con estas traducciones, facilitaba el acceso, en los países de lengua española, a la doctrina alemana más reciente. A la vez, habría de continuar con sus propias investigaciones, que fueron cristalizando en distintas publicaciones de gran repercusión y calidad.

Fue entonces cuando, gracias a las gestiones de Marino Barbero Santos, Enrique Gimbernat Ordeig y Manuel Cobo del Rosal, entonces Director general de Universidades en el Ministerio de Educación, vino a España, a la Universidad Complutense de Madrid. La llegada fue compleja, pues, al no convalidarse su título argentino de doctorado, se vio obligado a presentar una nueva tesis doctoral, *Delito y punibilidad*, que defendió en 1981. En 1983 obtuvo una plaza de Profesor adjunto, que pasaría a ser convertido en Profesor titular, y desde 1984 fue Letrado del Tribunal Constitucional. Todavía como Letrado del Tribunal Constitucional, obtuvo, en 1986, la Cátedra en el Estudio General de Lleida, dependiente de la Universidad de Barcelona.

En 1988 fue nombrado Magistrado de la Sala segunda del Tribunal Supremo por el denominado «turno de juristas» o «quinto turno», aunque desde 1987 era Magistrado suplente de la Sala.

En aquellos años, compatibilizó su intensa actividad judicial con la docencia en el CEU San Pablo, donde inició sus pasos su Seminario de Derecho penal que, posteriormente fue acogido por la Fundación Ortega y Gasset (después Fundación Ortega-Marañón), y que ha dirigido hasta su fallecimiento. Esta actividad docente prosiguió después, cuando el colegio universitario se transformó en Universidad CEU San Pablo. En dicho Seminario le conocimos y dimos nuestros primeros pasos penales muchos de sus discípulos.

El Seminario fue semillero muy productivo de vocaciones académicas y profesionales, y fue lugar de investigación intensa, que tomaba forma en una multitud de libros y artículos, de Enrique y los de sus discípulos. Se podía acceder a él, para alumnos especialmente interesados, ya desde cuarto curso de la carrera de Derecho (en su configuración de la época), o, sobre todo, con la intención de iniciar los estudios de doctorado. Muchas fueron las tesis doctorales dirigidas de quienes luego hemos sido profesores de Universidad, jueces o abogados. El Seminario, además, acogía a innumerables juristas, que se consideran sus discípulos, procedentes de todos los países iberoameri-

canos, de Alemania o de Italia, que llegaban a España con la ilusión de formarse junto a él. Participó en proyectos con universidades y fundaciones para desarrollar planes de estudio, cursos, jornadas o conferencias, especialmente relacionadas en aquellos momentos con el derecho comparado. Por esa razón, formó parte del grupo de expertos –junto con Mireille Delmas-Marty, Giovanni Grasso y Klaus Tiedemann– que trabajó sobre la forma de protección penal de intereses financieros de la Unión Europea que finalizó con el denominado Corpus Iuris, y que no sólo intentaba armonizar los delitos de la parte especial, sino también diseñar instituciones de la parte general comunes para los Estados de la Unión Europea.

Porque, al hilo de ello, conviene recordar lo que fue la esencia del Seminario dirigido por Enrique Bacigalupo, verdadero trasunto de su propia personalidad académico profesional. El Seminario fue un foro de debate de la máxima actualidad y modernidad. Enrique Bacigalupo jamás olvidó sus orígenes dogmáticos en la escuela de Welzel, pero a la misma vez jamás se olvidó de evolucionar en su pensamiento científico situándose, en cada época, a la verdadera vanguardia de la dogmática penal, desde la Cátedra y el Tribunal Supremo. Nuevas soluciones para nuevos problemas, frente al acomodaticio anclarse en el pasado dogmático. Enrique siempre estuvo atento a las nuevas corrientes del derecho penal, para desarrollarlas, para acogerlas parcialmente o para rechazarlas, fundadamente. Esa fue su marca y su excelencia.

Cuando, en 2011, dejó el Tribunal Supremo, comenzó a ejercer la abogacía con el rigor que había dedicado a la actividad académica y a la judicial, y asumió la defensa de casos extraordinariamente relevantes. Pero también esta actividad fue simultánea a su dedicación académica, en el estudio, la investigación y la dirección del Seminario, que siempre fueron su prioridad.

Este complejo itinerario vital puede ser una guía en torno a la cual puede considerarse su pensamiento sobre el derecho, y sobre el derecho penal. Su curiosidad y permanente actualización, y posiblemente el magisterio de Jiménez de Asúa, que no en vano había participado en el Seminario de Liszt, le impulsaron prioritariamente a un interés creciente por la discusión penal en lengua alemana. De hecho, ya en su tesis doctoral argentina sobre los delitos impropios de omisión, su afinidad con un concepto personal de lo injusto penal y con el finalismo que había conocido junto a Welzel y Armin Kaufmann era obvia. Y en efecto también, la lectura de las primeras ediciones de sus diferentes manuales de parte general del derecho penal que publicó en España y en Argentina, pero también de sus artículos dogmáticos, no podría llevar a una conclusión distinta.

En el tiempo que pasó como Letrado en el Tribunal Constitucional y, sobre todo, cuando inició su actividad como Magistrado de Tribunal Supremo tuvo lugar un cierto cambio en la visión de las categorías de la teoría del delito y de sus bases. La modernidad y actualización constantes a las que ya hicimos alusión. El interés por los fundamentos constitucionales del derecho penal, por un lado, y la visión que proporcionaba la aplicación de las teorías en un tribunal de casación, definieron, en efecto, nuevos derroteros. No piense el lector que esto significaba un triunfo de la práctica de forma acrítica. Bien al contrario, en esa época no era extraño que, a primera hora de la mañana, Enrique Bacigalupo ya hubiese leído unos pasajes de Kant o de Popper, de Gadamer o de Luhmann, que por cualquier circunstancia relacionaba con el problema que le preocupara en ese momento, de la práctica. De esa época, además, son algunos artículos dedicados a cuestiones vinculadas con el principio de legalidad o de culpabilidad, cuya profundidad en el análisis es hoy llamativa, y lo era más entonces, cuando el Tribunal Constitucional creaba doctrina sobre ellos.

El reto era el propio de un intelectual que vivía en el tiempo, y que buscaba soluciones dogmáticas a problemas concretos; y como el intelectual era Enrique Bacigalupo, lo buscaba sin descanso, con profundidad y acierto. Aunque el Tribunal Supremo acogió –y no sólo en sentencias en que era ponente– algunos de sus criterios en la dogmática, Enrique Bacigalupo siempre estuvo dispuesto a revisar sus tesis, para mejorarlas. La conocida «sentencia del caso de la colza» de 23 de abril de 1992, de la que fue ponente, es una muestra clara de lo que se indica. En el Seminario, en aquellos años, se inició una discusión que, frecuentemente, pasaba por la segunda edición del manual de Jakobs, publicada en 1991, o por otras visiones de la prevención general positiva, y modificó algunas de las opiniones que había mantenido hasta el momento, como su visión de la imputación objetiva o del delito imprudente. Prácticamente inalterada, no obstante, quedó siempre su teoría sobre la responsabilidad por el hecho –que en algunas ediciones antiguas de manuales definía como atribuibilidad, siguiendo a Jiménez de Asúa– como categoría intermedia entre las causas de justificación y la culpabilidad, y que había defendido en su aportación al libro en memoria de Armin Kaufmann, publicado en 1989. Pero también sus estudios sobre la parte especial, algunos de los cuales reunió en un solo volumen en 1990, abarcaban prácticamente todo el programa explicado en un curso académico.

Su profundidad en la comprensión y elaboración de los conceptos dogmáticos convivía con un estudio serio de las instituciones procesales, por las que tenía un interés no frecuente en los penalistas. Son de

referencia sus escritos sobre el proceso penal, y de forma muy especial cuando existe una conexión con las garantías y los derechos fundamentales. Para Enrique Bacigalupo, la continuidad entre derecho penal y proceso penal era tan natural como, para Aristóteles, la continuidad entre la metafísica y la física o la ética; y algo similar sucedía con la filosofía del derecho que se desenvolvía, sin solución de continuidad, en el derecho penal. En las discusiones, lo más habitual era que Enrique sugiriese un problema de fondo al que era necesario acudir, así como a sus aspectos filosóficos en los que sólo él era capaz de incidir, por su agudeza y por una intuición jurídica poco frecuente.

Por otra parte, Enrique Bacigalupo dedicó un esfuerzo considerable a la construcción de un derecho penal económico razonable. Aunque intensificó esta línea de estudio en los últimos años con numerosos artículos, con anterioridad había explorado ese camino: a inicios de los años 80 del siglo pasado, publicó, con José María Stampa Braun, un libro con el título de Derecho penal económico; y, en 1998, dirigió un Curso de Derecho penal económico. Se anticipaba así, una vez más, a una completa época.

Debemos cerrar y lo haremos una vez más con alguna pincelada adicional sobre el Seminario del Prof. Bacigalupo. Su vida. La dirección del Seminario lo fue todo. Las ponencias, fuesen de miembros del Seminario o de invitados externos, aun siendo siempre de interés, sólo adquirían la dimensión buscada cuando se convertían en origen de polémica que el propio Enrique sabía extraer de nuestras intervenciones. No era infrecuente que él mismo se levantara y tomara de la estantería un libro, casi siempre en alemán, del que leía en voz alta la traducción directa que hacía en el instante, para buscar alguna frase, algún argumento que viniera al caso en la discusión. En una forma apasionada –aunque en la pasión serena y reflexiva de Enrique Bacigalupo– dejaba ver hasta qué punto esa forma de enseñanza oral, de la que tanto había aprendido en Bonn, era crucial en la formación de sus discípulos. Como lo era el conocimiento oral de las personas: las anécdotas de Welzel o Armin Kaufmann en aspectos de la relación personal que mantenía con ellos, las referencias constantes a aspectos vitales de los autores que, en nuestra investigación, leíamos con frecuencia, la necesidad de entender a estos autores precisamente en la perspectiva de su discipulado (quién era el maestro de cada cual, y así remontándose al infinito), eran una forma real de hacer Universidad y de entender al universitario en el contexto de un grupo y de una escuela. Por eso, decía su hijo Mariano que los discípulos éramos una continuación de la familia, y lo subrayaba su hija Silvina al resaltar el lugar que ocupábamos en su corazón.

Quienes tuvimos la fortuna de conocerle de cerca conservaremos, además de su magisterio intelectual, el recuerdo de una persona excepcionalmente generosa. Enrique Bacigalupo poseía una curiosidad insaciable, una capacidad poco común para escuchar y una disposición permanente al diálogo. Nunca escatimó tiempo ni esfuerzo para orientar a quienes se acercaban a él con una duda, un proyecto o una ilusión académica. Su exigencia intelectual iba siempre acompañada de una profunda humanidad, de una elegancia personal discreta y de un sincero interés por las personas. Para muchos de nosotros fue maestro, pero también consejero, referente y amigo. Su presencia en el Seminario, sus conversaciones y su forma de entender la Universidad como una comunidad de estudio, debate y afectos constituyen un legado que trasciende su extraordinaria obra científica.

Con la marcha de Enrique Bacigalupo, la comunidad de los penalistas ha perdido a uno de los miembros más relevantes de una generación extraordinaria de la que otras generaciones hemos de aprender todo todavía. Pero su mayor mérito no es haberse situado en esa cumbre, que no es poco; queda en su obra infinidad de escritos que permiten corroborar lo que se señala en estas líneas. No dejamos de insistir, por último, en la generosidad académica del Prof. Bacigalupo que supone haber sabido transmitir el espíritu de su generación. Al fin y al cabo, la generosidad de un universitario. Descanse en paz.

Prof. Dr. Carlos Pérez del Valle
Catedrático de Derecho Penal, U. CEU Cardenal Herrera

Prof. Dr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
Catedrático de Derecho Penal, U. Complutense de Madrid

Dra. María Luisa Silva Castaño
Magistrada. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Diego Manuel Luzón Peña

(Murcia, 3 de noviembre de 1949 – Madrid, 4 de agosto de 2026)

El pasado 4 de agosto de 2026 falleció inesperadamente nuestro maestro (desde que lo conocimos hasta el final de sus días), nuestro colega y nuestro amigo del alma Diego-Manuel Luzón Peña.

No cabe en las pocas páginas de las que disponemos ni siquiera un esbozo de lo que Diego Luzón significó para la Ciencia del Derecho penal y mucho menos de lo que significó para nosotros, sus primeros discípulos, y para nuestra escuela (1). En todo caso, de Diego Luzón como penalista (2) y como persona cercana (3) ya hemos hablado en distintas ocasiones.

Diego Luzón nació el 3 de noviembre de 1949 en Murcia, origen que nunca olvidó y del que hablaba con orgullo con mucha frecuencia, aunque la mayor parte de su vida, en distintas etapas, la vivió en Madrid (con periodos en Friburgo de Brisgovia, Múnich, Salamanca y León). Su núcleo vital lo componía su querida familia: Julita, su compañera de vida, Enrique y Ana Cristina, sus hijos, e Inés, Paula, Bel-

(1) Con gran generosidad, el Director del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, nuestro querido amigo y compañero José Luis González Cussac, nos ofrece un espacio en el primer número de la revista que aparecerá tras la muerte de Diego Luzón y que ya estaba en imprenta, por lo que la necrológica debe ser necesariamente corta por razones editoriales evidentes.

(2) Entre otros lugares, De Vicente Remesal, «Prólogo. Sobre la vida y obra de Diego-Manuel Luzón Peña», en: *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Reus, Madrid, vol. I, 2020, XIX ss.; Díaz y García Conlledo, «Diego-Manuel Luzón Peña: Profesor y académico, penalista original y maestro. A la vez una *Laudatio*», en: *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Reus, Madrid, vol. I, 2020, LXVII ss. [también en: *Foro FICP 2020* 1-1, 28 ss., y *Libertas* 9 (2020), Número en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, 23 ss.]; en alemán: «Diego-Manuel Luzón Peña: Dozent (Professor) und Akademiker, origineller Strafrechtler und Lehrer», en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 2020, *Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag*, 204 ss.

(3) Entre otros lugares, «De Vicente Remesal, Maestro y amigo, amigo y maestro», en: *Libertas* 13 (2024), Número extraordinario monográfico en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su septuagésimo quinto cumpleaños, 24 ss.; Díaz y García Conlledo, «Diego Luzón: maestro, compañero y colega y amigo», en: *Libertas* 13 (2024), *Número extraordinario monográfico en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su septuagésimo quinto cumpleaños*, 29 ss. En el número de *Libertas* acabado de citar la mayoría de las contribuciones son de miembros de la escuela del Diego Luzón o personas cercanas y tienen predominantemente un carácter de homenaje personal.

trán y Sofía, sus nietos. También su escuela, tan presente siempre para él, y amigos y colegas en el mundo entero, algunos cercanísimos, que no mencionaremos por no cometer imperdonables omisiones.

Estudió su Licenciatura en Derecho en la Universidad (hoy Complutense) de Madrid, a la que se incorporó enseguida como Ayudante. Se doctoró en ella en 1975 con su tesis «Fundamento, naturaleza y agresión en la legítima defensa», que daría lugar a su monografía, obra clave y fundamental en la materia hasta hoy en día. Ocupó diferentes plazas de Profesorado además en las universidades Autónoma de Madrid (Profesor Adjunto), Salamanca (Profesor Agregado, además de un periodo previo de interinidad), León (Catedrático) y Alcalá, donde ejerció su Cátedra desde 1988 hasta su jubilación en 2019, aunque se ha mantenido vinculado a ella como Emérito hasta el final. Disfrutó de becas con estancias en institutos y universidades alemanas del máximo prestigio.

En todas sus universidades enseñó las más diversas materias relacionadas con el Derecho penal en los distintos niveles académicos, no rehuyó importantes labores de dirección, responsabilidad y gestión en ellas (Vicerrector, Secretario del Consejo Social, Decano, entre otras), ni la colaboración en comités editoriales de excelencia en España y en otros países. Fue el verdadero fundador y alma de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, una de sus «joyas académicas», hoy consolidada y con prestigio en tantos países, y cuya continuidad procuraremos garantizar, aunque sin Diego Luzón nunca será lo mismo.

Recibió merecidos honores, entre los que destacaremos sus Doctorados *honoris causa* en las Universidades Centroamericana de Nicaragua (Managua, 2004), Nacional San Agustín de Arequipa (Perú, 2016), José Carlos Mariátegui (Moquegua, Perú, 2016), Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Perú, 2016), de León (España, 2018, probablemente el que más quería) y de Buenos Aires (Argentina, 2026, cuyo acto solemne de investidura iba a tener lugar en breves fechas). Tuvo otros muchos reconocimientos, entre ellos estos dos que tanto le ilusionaron: el Libro Homenaje que tantos colegas de muchos países le dedicamos en 2020 (4) y el número especial doble que, como hito excepcional solo recibido por otro colega español (5), le dedicó ese mismo año la decana de las revis-

(4) *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Reus, Madrid, dos volúmenes, 2020.

(5) Su inseparable e íntimo amigo, el añorado Santiago Mir Puig, a quien la revista le dedicó un número en 2017: *Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag*.

tas penales alemanas, de extraordinario prestigio, el Goltdammer's Archiv für Strafrecht (6).

La obra escrita de Diego Luzón (así como su intervención en congresos y similares) es ingente en número de trabajo y, sobre todo, en calidad y profundidad. Publicó decenas de libros y monografías, cientos de artículos y contribuciones a libros colectivos, traducciones (algunas de obras fundamentales), recensiones, etc. Abordó en esta obra múltiples temas, de la parte general, de la especial, relativos a fundamentos, a consecuencias, etc. Influido sin duda por el pensamiento roxiniano, desarrolló sobre todo una construcción de la teoría del delito cercana a la de su maestro alemán, pero con múltiples aspectos propios y originales, de gran influencia, cuya plasmación más completa iba a ser su Tratado de Derecho Penal. Parte General, al que enseguida nos referiremos. Entiende la acción como base (mínima) del delito. En materia de tipo de injusto defiende la teoría de los elementos negativos del tipo, con sus consecuencias en el ámbito del tipo subjetivo y el error. Para la imputación objetiva no exige como presupuesto, frente a la doctrina mayoritaria, la existencia de un riesgo no permitido (el riesgo permitido es para él una causa de justificación), sino un riesgo mínimamente relevante, compartiendo diversos criterios doctrinales de imputación objetiva, sugiriendo otros (principio de alteridad) y distanciándose de algunos (disminución del riesgo, por ejemplo). Notable es su apelación a una teoría limitada o normativizada del consentimiento respecto del dolo eventual y su distinción de la imprudencia consciente. Su concepción y propuestas en lo relativo a la parte negativa del tipo (atipicidad y justificación) son muy conocidas, influyentes y relevantes (baste recordar de nuevo su obra de referencia sobre legítima defensa), con aportaciones propias como la distinción entre causas de justificación excluyentes solo del desvalor

(6) *Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag*. En este número de *GA* 2020, creemos especialmente digna de destacar una contribución que explica el porqué de este homenaje y el importante papel de Diego Luzón en el debate o diálogo hispano-alemán relativo a la ciencia penal: Wolter, «Diego-Manuel Luzón Peña als Garant einer spanisch-deutschen Strafrechtsdogmatik auf Augenhöhe», en: *GA* 2020, 175 ss.; en español, «Diego-Manuel Luzón Peña como garante de una dogmática jurídico-penal germano-española de igual a igual. Un alegato en favor de una ciencia jurídico-penal internacional referida al correspondiente ámbito jurídico» (trad. de Díaz y García Conlledo), en: *Libertas* 9 (2020). *Número en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*, 10 ss. V. también, del mismo autor alemán, que tanto ha contribuido a ese diálogo, Wolter, «Diego-Manuel Luzón Peña – La cabeza de una familia hispano-alemana del Derecho penal. Una *laudatio* por su 75.º aniversario» (trad. de Díaz y García Conlledo), en: *Libertas* 13 (2024), *Número extraordinario monográfico en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su septuagésimo quinto cumpleaños*, 13 ss.

de acción y aquellas que excluyen también el desvalor de resultado (con consecuencias muy relevantes, especialmente respecto de la *actio illicita in causa* y la autoría mediata) o su explicación de las causas de exclusión (solo) del injusto penal. Y, en lo que respecta a la culpabilidad, evolucionó desde una concepción de esta como motivabilidad normal basada en consideraciones preventivas (fundamentalmente de prevención general intimidatoria) a un entendimiento más cercano a la línea aún dominante, normativa, que concibe la culpabilidad como reprochabilidad penal del hecho al sujeto basada en la libertad (no tanto metafísica, sino como aserción normativa consagrada incluso constitucionalmente) y en la accesibilidad y motivabilidad normativa del sujeto, con cierto paralelismo (aunque no idéntica) a la evolución del pensamiento de Roxin en la materia. Fundamentales, por no alargar más este breve resumen, resultan, entre otras, sus aportaciones a temas como la comisión por omisión (equivalencia material a la comisión activa, que se producirá cuando socionormativamente la propia omisión cree o incremente de forma determinante el peligro) o la autoría (con el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho).

La faceta de maestro de Diego Luzón fue siempre para él fundamental. Sus discípulos y discípulas, directos e indirectos (discípulos de discípulos) somos tantos, de diferentes países, que es difícil mencionarlos sin riesgo de omitir a alguno. De esa escuela se sentía él especialmente orgulloso y la cuidaba con esmero y cariño. Permítasenos manifestar nuestro orgullo por ser sus dos primeros discípulos, donde comenzó esa escuela. Hoy todos lloramos y echamos de menos al maestro, sin ser capaces todavía de creer que nos falta.

Diego Luzón tenía muchos planes. De inmediato, en el mes de septiembre, una de sus «joyas académicas», su (nuestro) Seminario de Alcalá; a mediados de ese mes, un viaje a Berlín para intervenir en el Simposio en homenaje a nuestro maestro alemán, Claus Roxin (fallecido en febrero de 2025), en el que se le había encargado (junto a Miguel Díaz) una ponencia breve conjunta; a fin de mes, viaje a Buenos Aires, donde iba a producirse el acto solemne de investidura en el Doctorado *honoris causa* que le ha concedido la Universidad de Buenos Aires, que tantísima ilusión le hizo y que ya no podrá recoger personalmente. Muchos planes truncados.

El más importante seguramente era concluir la que consideraba la obra de su vida, su Tratado de Derecho Penal. Parte General, mucho más amplio que sus ya impresionantes Lecciones (7). Algunos tuvi-

(7) Cuya última edición se publicó el pasado año: Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

mos la suerte de conocer todos sus avances y la versión ya casi concluida y podemos dar fe de la absoluta excelencia del trabajo, que estaba ya muy próximo a ver la luz y en cuya publicación en fecha próxima pondremos todo nuestro empeño. Será, creemos, el mejor homenaje que le podamos dedicar.

Para terminar, una anécdota de lo que Diego Luzón quería y cuidaba a sus discípulos, directos e indirectos. El pasado 28 de julio defendía su tesis un discípulo de uno de nosotros dos en la Universidad de León. Diego ya había manifestado su pesar por no poder estar en el Tribunal de tesis, pero ese mismo día, cuando estaba ingresado en la UCI, recién operado de urgencia (aunque todos aún con la esperanza de que había superado la inesperada grave crisis de salud que acababa de sufrir), no pudiendo llamar por teléfono, le dictó a Ana Cristina, su hija, un cariñosísimo mensaje de felicitación al nuevo Doctor. Lo leímos en público, con la imaginable emoción. Así era Diego: ni en sus peores momentos olvidaba a los suyos y sus hitos importantes (buenos o malos).

La obra de Diego Luzón quedará, sin duda, como ejemplo de calidad académica y altura científica. Muchos recuerdos imborrables para nosotros y sus allegados también. Pero nos faltará para siempre su aliento. Gracias por todo, querido Diego. No te olvidaremos y procuraremos seguir tu huella.

Javier de Vicente Remesal
Profesor emérito de Derecho Penal, Universidad de Vigo

Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de León

SECCIÓN DOCTRINAL

Primera toma de contacto con el eurodelito de vulneración de medidas restrictivas de la UE

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Huelva (1)

RESUMEN

La Unión Europea reclama a los Estados Miembros una mayor implicación en la ejecución de sus medidas restrictivas. Se exige generar nuevas responsabilidades penales aplicables a personas físicas y jurídicas, del sector público o privado, que no colaboren en poner en práctica estas medidas. A partir de la trasposición de la Directiva (UE) 2024/1226 se gesta en España una importante reforma del Código Penal para llegar a la imprescindible punición de estas conductas.

Palabras clave: *Unión Europea; Eurodelitos; Medidas restrictivas; Personas designadas.*

ABSTRACT

The European Union is calling on Member States to be more involved in implementing its restrictive measures. It is demanding the creation of new criminal penalties applicable to individuals and legal entities, in both the public and private sectors, that fail to cooperate in putting these measures into practice. Following the transposition of Directive (EU) 2024/1226, a significant reform of the Spanish Penal Code is underway to ensure the necessary punishment of such conduct.

Keywords: *European Union; European crimes; Restrictive measures; Designated persons.*

---

(1) Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación *Ganancias ilícitas y sistema de Justicia Penal* (PID 2022-138796NA-100).

SUMARIO: 1. Aproximación: un arsenal punitivo europeo de novísima generación. 2. La Directiva (UE) 2024/1226. 3. El proyectado marco punitivo español en materia de medidas restrictivas de la Unión Europea. 3.1 La estructura del proyectado Título XXIII bis CP y las medidas restrictivas de la UE. 3.2 Las modalidades punibles de vulneración de medidas restrictivas de la UE de naturaleza económica. 3.2.1 Operaciones irregulares con fondos o recursos económicos. 3.2.2 Operaciones con un Estado sometido a medidas restrictivas. 3.2.3 Actividades mercantiles o servicios específicos sometidos a medidas restrictivas.–I. Supuestos básicos.–II. Comercio de artículos incluidos en la Lista Común Militar o productos de doble uso.–III. Modalidad imprudente para artículos incluidos en la Lista Común Militar o productos de doble uso. 3.2.4 Prestación genérica de servicios.–I. Servicios o actividades financieras sometidas a medidas restrictivas.–II. Servicios no financieros. 3.2.5 Fondos que deben ser inmovilizados.–I. Disposición indebida de fondos.–II. Proporcionar información falsa o engañosa.–III. Decomiso. 3.2.6 Fórmula *praeter legem*. 3.2.7 Aspectos relevantes en relación con las cuantías. 3.3 El delito de vulneración de la restricción de entrada o tránsito por el territorio de un Estado miembro de la UE. 3.4 La violación de los deberes de información. 3.5 Responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4. Circunstancias modificativas y exonerantes de responsabilidad penal. 5. Otras particularidades del nuevo eurodelito. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. APROXIMACIÓN: UN ARSENAL PUNITIVO EUROPEO DE NOVÍSIMA GENERACIÓN

Las medidas restrictivas de la UE son consideradas como sanciones «no punitivas» (2), dictadas en el marco de la Política Exterior y de

(2) Existe un debate acerca del carácter «materialmente» penal que tendrían las medidas restrictivas de la UE, que exigiría dotarlas de garantías como si se tratara de auténticas sanciones penales. *Vid*. al respecto García Moreno, B., «Las medidas restrictivas de la Unión Europea: ¿política exterior o sanción penal?, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 46, 2025, pp. 29 y ss., quien asume esta premisa. En realidad, la criminalización que se introduce en España no debate acerca de la naturaleza penal del presupuesto (las medidas restrictivas en sí, quebrantadas por personas, entidades u organismos designados) sino fundamentalmente acerca de la actuación del entorno que facilita su incumplimiento: quienes actúan sobre los fondos, comercian, prestan servicios o eluden las medidas restrictivas impuestas a terceros. Se puede ejemplificar con claridad cuando se diferencia el delito de blanqueo de dinero –de terceros– del autoblanqueo. En un número limitado de casos (por ej. el proyectado art. 604 quater 1.a CP) se prevé una sanción penal para la propia persona destinataria de la medida. Si se aceptara la naturaleza penal de la propia medida restrictiva, en los supuestos de sanción al sujeto designado por su vulneración sería invocable con éxito el principio *non bis in idem* que impediría su aplicación.

Seguridad Común de la UE (CFSP/PESC), que buscan modificar conductas no deseadas o lesivas por parte de ciudadanos o instituciones que operan en países no pertenecientes a la UE, lo que incluye a personas físicas, jurídicas, y distintas organizaciones (3). Se trata de aplicar a estos sujetos restricciones de naturaleza económica, sumadas al embargo de armamento, prohibición de viajes, cancelación de activos, etc., utilizándose para abordar desafíos de política exterior muy diversos (4). Esta proliferación de medidas económicas sancionadoras o «guerra económica» se ha ido expandiendo desde la Primera Guerra Mundial, justamente para operar como una alternativa a las «guerras bélicas» convencionales (5). Se han convertido en una de las más importantes y poderosas herramientas para mantener o restaurar la paz y seguridad mundiales, fundamentalmente a partir del final de la guerra fría (6).

Es importante destacar que esta generación de medidas restrictivas se ha convertido en un fenómeno mundial, ya que existen las que imponen organismos internacionales como Naciones Unidas sobre la base del Capítulo VII de su Carta (7), o países de forma individualizada, como –entre otros– Estados Unidos (OFAC) (8), Reino Unido

---

(3) Cfr. https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures/overview-sanctions-and-related-resources_en (consultado 10 de abril de 2026). Sus objetivos son diversos, como promover la paz y seguridad internacionales, la prevención de conflictos, apoyar los derechos humanos y el Estado de Derecho, etc.

(4) Cfr. Giumelli, F., «Implementation of sanctions», en AAVV, *Economic sanctions in International Law and Practice*, Routledge ed. Londres-Nueva York, 2020, pp. 1116 y ss. Si bien comenzaron como una respuesta europea para reforzar el cumplimiento de los mandatos del Consejo de Seguridad ONU, se han ido convirtiendo en un instrumento estructural de acción de la propia UE. Son fundamentales las medidas temáticas que sancionan determinado tipo de conductas, como la violación de derechos humanos, ciberataques, uso de armas químicas, etc. Cfr. al respecto García Moreno, B. «Las medidas restrictivas», *op. cit.,* pp. 14 y ss.

(5) Cfr. Mulder, N., *The economic weapon. The rise of sanctions as a tool of modern war*, Yale University Press, 2022. pp. 291 y ss.

(6) Cfr. Asada, M., «Definition and legal justification of sanctions», en AAVV, *Economic sanctions in International Law and Practice*, Routledge ed. Londres-Nueva York, 2020, p. 3.

(7) Cfr. Capítulo VII Carta de Naciones Unidas (Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, arts. 39 y ss.). Nuestro Ministerio de Economía y Empresa las define en una guía editada al efecto, como medidas de doble naturaleza económica y diplomática, que tienen por objeto «modificar políticas o actividades de otros países, para reestablecer la paz y la seguridad internacional ante una amenaza o quebrantamiento de la paz, de conformidad con lo previsto en la Carta de Naciones Unidas». Cfr. https://www.tesoro.es/sites/default/files/sanciones_financieras_internacionales._cuestiones_generales_y_procedimientos_especiales_en_materia_de_no_proliferacion_1.pdf (Consultado 10 de enero de 2026).

(8) Cfr. https://ofac.treasury.gov/faqs/topic/1631 (Consultado 10 de abril de 2026).

(OFSI) (9), Australia (DFAT) (10) y, lógicamente, la Unión Europea (11). El volumen de información es ingente, por lo que existen despachos de abogados especializados, que informan periódicamente de las actualizaciones (12) de estas «sanciones unilaterales». En el caso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la Resolución 2744 (2024) de 19 de julio crea un procedimiento de «supresión» de nombres de las listas (13), lo que parece totalmente necesario y describe la volatilidad de la inclusión/exclusión de los sujetos señalados, elemento clave para comprender este auténtico rompecabezas, que preocupa cuando se dota a la vulneración de medidas restrictivas de consecuencias penales, es decir, cuando se adopta una solución punitiva que, si bien necesaria, debe estructurarse en torno a un mecanismo penal con la máxima solvencia técnica.

En este contexto y dentro de la UE son fundamentales las sanciones financieras internacionales, que se materializan en la congelación o bloqueo de fondos, que se conectan directamente con la prevención del blanqueo de capitales o con los movimientos irregulares de efectivo. En nuestro país la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, regula ampliamente estas sanciones y contramedidas financieras internacionales (art. 42) (14), un espacio que entra en contacto directo con la

---

(9) Cfr. https://www.gov.uk/guidance/starter-guide-to-uk-sanctions (Consultado 10 de abril de 2026).

(10) Cfr. https://www.dfat.gov.au/international-relations/security/sanctions/consolidated-list (Consultado 10 de abril de 2026).

(11) Cfr. https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures/overview-sanctions-and-related-resources_en Incluso se aporta un muy completo mapa mundial con nutrida información actualizada en https://www.sanctionsmap.eu/#/main (Consultados 10 de abril de 2026). Las medidas restrictivas europeas están sometidas al control judicial del TJUE, debiendo respetar los derechos humanos y libertades fundamentales de personas físicas y jurídicas. Cfr. Bertot Triana, H., «*Sanciones* económicas unilaterales en el orden jurídico internacional: ¿vale todo o límites necesarios a los atavismos represivos de una sociedad internacional precomunitaria?», en *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 47, 2024, p. 332.

(12) Cfr. https://lupicinio.com/sanciones-internacionales-marzo-2026/(Consultado 10 de abril de 2026).

(13) Cfr. https://docs.un.org/es/S/RES/2744(2024) Se ha creado un «punto focal» para la supresión de nombres, que facilita el procedimiento de supresión e incluso asume que existen casos de «identificación errónea». Cfr. https://main.un.org/securitycouncil/es/sanctions/delisting (Consultado 10 de abril de 2026).

(14) Cfr. Morón Pendás, I., *La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 413 y ss. El mencionado artículo 42 de la Ley 10/2010 ha sido recientemente modificado por la disposición final 6.ª del Real Decreto Ley 7/2026 de 20 de marzo, al hilo de las sanciones y contramedidas económicas derivadas de la guerra de Irán.

vulneración de medidas restrictivas de la UE(15), pero con el que no se confunde. Se trata del ámbito de la prevención y de las sanciones administrativas, sin interacción directa con las consecuencias penales.

El tránsito de medidas no punitivas a infracciones penales se ha entendido como una necesidad imperiosa por parte de la UE. Si bien puede considerarse una decisión acertada e ineludible, considero debería haber sido tomada con más mesura. Tanto la Directiva (UE) 2024/1226, que busca una armonización europea plena, como el automatizado copia/pega legislativo español, no entrañan decisiones técnicamente reflexivas sino impulsivas. Se urge a construir un entramado penal amenazante para que los funcionarios gubernamentales, empresas y particulares cumplan de manera efectiva con dichas medidas (16). Pero esta clase de experimentos suelen tener difícil encaje con los principios e instituciones básicos que rigen en materia penal como, por ejemplo y como se verá, con los límites que se deben respetar en materia de leyes penales en blanco, la prohibición de la analogía, la exclusión de cláusulas *praeter legem*, etc. Seguramente el origen del problema reside en que la norma europea, y por desgracia también la española, regulan estas materias penales desde la perspectiva sancionadora propia del derecho administrativo, soluciones que no se concilian fácilmente con los derechos y garantías de naturaleza punitiva que caracterizan un Estado democrático de Derecho.

El Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) habilita al Consejo, en su artículo 215, a adoptar determinadas medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales, que pueden consistir en sanciones financieras, como la inmovilización de fondos, o restricciones de movilidad, como entrar o permanecer en territorio de la UE, el cierre del espacio aéreo o, en definitiva, en otros tipos de acciones que condicionan el comercio, exigen el embargo de armas, etc. Como surge del «rastreador de sanciones» de la UE, existen en la actualidad más de 33 regímenes y 5769 individuos o entidades de 85 nacionalidades a los que la Unión Europea aplica medidas

(15) Puede verse en la página web del Ministerio de Asuntos Económicos y transformación digital, dentro del apartado «Prevención del blanqueo» la «Comunicación informativa a las personas y entidades financieras obligadas a aplicar las sanciones financieras internacionales impuestas por los Reglamentos de la UE con motivo del conflicto de Ucrania».

https://www.tesoro.es/sites/default/files/publicaciones/comunicacion_informativa_sobre_la_aplicacion_de_sanciones_financieras_por_el_conflicto_de_ucrania_003_15.pdf (Consultado 10 de abril de 2026).

(16) La urgencia es evidente, exteriorizada por el exiguo plazo fijado para su transposición (20/5/2025, art. 20 Directiva UE 2024/2226), lo que ha generado que la mayor parte de los Estados lo hayan incumplido.

restrictivas «vinculantes» para los Estados miembros y para las personas o entidades que se encuentren bajo sus jurisdicciones (17). Se trata de situaciones específicas de personas y países concretos, a las que se suman medidas restrictivas temáticas «contra la proliferación y el uso de armas químicas, los ciberataques, las violaciones de los derechos humanos y el terrorismo» (18).

Esta situación jurídica no es nueva. Sin embargo, sí lo es el impulso político-criminal que ha adoptado la Unión Europea, optando por la punición de las personas físicas o jurídicas que incumplan estos deberes vulnerando las medidas restrictivas impuestas por la propia Unión. Más concretamente, se opta por la vía penal al hilo del enfrentamiento armado entre Rusia y Ucrania (19), pues si bien ninguno de dichos Estados forma parte de la Unión, se considera como agresión la actuación rusa y son sancionados los intereses rusos y bielorrusos, inmovilizando activos, restringiendo el comercio, la importación y exportación de determinados bienes y otro buen número de operaciones de todo tipo. En el mismo contexto se aprueba el Reglamento (UE) 2023/1529 de 20 de julio de 2023, relativo a medidas restrictivas, habida cuenta del apoyo militar de Irán a la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania (20). A partir de aquí se cuestiona el grado de eficacia real de todas estas medidas y se considera que no se alcanza un nivel aceptable por carecer Europa de una amenaza penal homogénea y de aplicación rigurosa.

2. LA DIRECTIVA (UE) 2024/1226

Un problema básico para poder aplicar las medidas restrictivas europeas se ha presentado ante la inexistencia de una armonización legislativa dentro de la Unión: frente a normativas internas dispares, la eficacia de las medidas se reduce o, en algunos casos, desaparece, pues los sancionados pueden recurrir fácilmente a jurisdicciones de conve-

(17) Cfr. https://data.europa.eu/apps/eusanctionstracker/(Consultado10/4/2026). Estos datos cambian permanentemente.

(18) Cfr. Departamento de Documentación del Congreso de los Diputados (Dosier. Serie legislativa. Núm. 21. Noviembre 2025, p. 2).

(19) Las medidas restrictivas contra Rusia se aplican por la UE desde 2014, tras la anexión de Crimea y Sebastopol. Se considera que Rusia es actualmente el país más sancionado del mundo, superando incluso a Corea del Norte. Cfr. Calleja Crespo, D., «La adopción de sanciones contra Rusia por la guerra de Ucrania: La perspectiva de la Comisión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 75, 2023, p. 84.

(20) Cfr. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-81074 (Consultado 10 de abril de 2026).

niencia (21). Esta disparidad jurídica llevó a que el 24 de abril de 2024 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaran la Directiva (UE) 2024/1226, relativa a la definición de los delitos y sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/1673. Según su considerando primero, su necesidad radica en «establecer normas mínimas en relación con la definición de los delitos y de las sanciones por la vulneración de dichas medidas restrictivas de la Unión». Volvemos, por lo tanto, a la asunción de competencias penales por parte de la Unión Europea que, siendo plenamente posible conforme al marco jurídico vigente, debe reservarse justamente para supuestos de homogeneización normativa europea como el que trata esta Directiva, siguiendo las pautas trazadas para los eurodelitos por el artículo 83.1 último párrafo del TFUE. La falta de una respuesta homogénea distorsiona el mercado único europeo. Se trata de proteger los objetivos de política exterior y de seguridad común (PESC, art. 21 del Tratado de la Unión Europea) (22). La propia Directiva ilustra estas medidas restrictivas, incluyendo entre ellas medidas económicas y financieras sectoriales sobre la prestación de servicios financieros o la realización de otro tipo de actividades financieras (23), y diferentes actividades distintas de las financieras (24). Todo ello sin olvidar la «naturaleza política» de estas medidas restrictivas, en el contexto de la PESC, sin dejar de lado su dimensión jurí-

(21) Cfr. Calleja Crespo, D., «La adopción de sanciones», *op. cit.,* pp. 85 y ss. Cfr. también Rueda García, L., «La Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril, relativa a la definición de los delitos y sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión y por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/1673», en *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 86, enero 2025, p. 3.

(22) Como recuerda el considerando segundo de la Directiva, entre ellos se incluyen «la defensa de los valores, la seguridad, la independencia y la integridad de la Unión, la consolidación y el respaldo de la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional, el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas».

(23) Entre ellas se encuentran «la financiación y la asistencia financiera, la inversión y la prestación de servicios de inversión, la emisión de valores negociables e instrumentos del mercado monetario, la aceptación de depósitos, la prestación de servicios especializados de mensajería financiera, la negociación de billetes, la prestación de servicios de calificación crediticia y la entrega de criptoactivos y monederos de criptoactivos» (considerando 11.º).

(24) Entre ellos se incluyen «la prestación de servicios de asesoramiento jurídico, servicios de confianza, servicios de relaciones públicas, servicios de contabilidad, auditoría, teneduría de libros y consultoría tributaria, servicios de consultoría empresarial y de gestión, servicios de consultoría informática, servicios de radiodifusión y servicios de arquitectura e ingeniería» (considerando 12.º).

dica (25). Existen listados de «personas» sancionadas, mientras otros sujetos u «operadores» están obligados al cumplimiento de estas medidas, en tanto otras «instituciones» (en España, por ejemplo, la CNMV, el Banco de España, o el SEPBLAC) deben inspeccionar y supervisar que las medidas restrictivas se apliquen efectivamente (26). En todo caso, y como he manifestado, las medidas restrictivas europeas no son punitivas sino preventivas, pero a partir de ahora comenzará a regir la amenaza penal para personas o entidades del mundo profesional, financiero, funcionarial o particulares obligados a cumplir con dichas medidas restrictivas e incluso, en algunos supuestos, para las propias personas físicas y jurídicas sancionadas por la UE.

El artículo 3.1 de la Directiva, excesivo y farragoso, define las conductas que deben ser penalizadas y que la transposición al Derecho español ha copiado casi por completo en el proyectado Título XXIII bis del Libro II del Código Penal, y que se comentarán a continuación (27). Destaca la modificación de la 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, con el objeto de que se considere como delito antecedente de dicho blanqueo a la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión Europea. Esta referencia no es particularmente trascendente a los efectos del derecho español, ya que en nuestro ordenamiento jurídico el blanqueo de dinero se aplica a los bienes procedentes de cualquier delito, sin distinción, en la medida

(25) Cfr. Martín y Pérez de Nanclares, J., «El control jurisdiccional del TJUE en materia de medidas restrictivas adoptadas en el ámbito de la PESC: el equilibrio entre efectividad y legalidad», en *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 75, pp. 97 y ss. Estas medidas generan consecuencias directas en la esfera de los particulares.

(26) Cfr. Pastor Palomar, A., «Desarrollos recientes en la práctica de las medidas restrictivas de la UE», en *La Ley mercantil*, núm. 118, noviembre 2024, p. 2.

(27) Dispone el número 2 de este mismo artículo que los Estados miembros podrán establecer que no constituyan delito algunas de las infracciones de menor cuantía, si se trata de valores inferiores a 10.000 euros. El número 3 contempla algunos supuestos (uso militar o doble uso) en los que debe punirse necesariamente, cuando el hecho se cometa por imprudencia grave. Como destaca León Alapont (2025: 83) se está potenciando sin justificación alguna la punición de un número mayor de conductas culposas. Se establece, asimismo, la necesaria criminalización de la inducción, complicidad y tentativa (art. 4), que en España no requieren transposición. El artículo 5 se dedica a establecer el marco de penas aplicables a las personas físicas (efectivas, proporcionadas y disuasorias), y añade que sean necesariamente de prisión, estableciendo un límite mínimo para las penas máximas (uno, tres o cinco años, según los casos). El artículo 7 hace referencia a las necesarias penas que deben imponerse a las personas jurídicas que delincan. Otras cuestiones aparecen también reguladas, como las circunstancias agravantes (art. 8) atenuantes (art. 9) el embargo y decomiso (art. 10) y otras disposiciones de naturaleza procesal.

en que puedan generar capitales ilícitos susceptibles del posterior blanqueo, lo que puede darse en muchos de estos casos (28). Sin embargo, el texto español de reforma prevé para estos delitos de blanqueo que la pena aplicable lo sea en su mitad superior, lo que supone un importante impulso punitivo, más allá de las previsiones europeas (29).

3. EL PROYECTADO MARCO PUNITIVO ESPAÑOL EN MATERIA DE MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Con un importante retraso, nuestro país ha comenzado a implementar la reforma del Código Penal para incorporar los delitos y las sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión. Estas normas debían haber sido transpuestas con anterioridad al 20 de mayo de 2025 (30). Como han destacado en sus informes el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal, a los que se ha sumado la doctrina (31), muchos de estos ilícitos no tienen cabida en nuestra regulación punitiva actual.

La Exposición de Motivos expresa con claridad cuál es su metodología: «Se trata en todo caso de normas penales en blanco, pues se definen conductas delictivas, pero parte de la definición depende de lo establecido en una norma extra-penal, en este caso los Reglamentos y Decisiones PESC del Consejo que imponen medidas restrictivas de la Unión Europea, así como las normas nacionales que los implementan. De este modo, no podrá considerarse penalmente ilícito lo que no lo sea conforme a dichos Reglamentos europeos. Este es el principio rector que inspira toda interpretación de la norma». En principio, nada hay que objetar a esta técnica legislativa «en blanco» pues, como sostiene Terradillos Basoco, una remisión de esta naturaleza, previa al juicio de imputación, no «tiene

(28) Cfr. Ferré Olivé, J. C., *El delito de blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 129.

(29) Cfr. León Alapont, J., «Los nuevos delitos relativos a la vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea: la transposición al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento y del Consejo, de 24 de abril, en *ReCrim* 2025, p. 79.

(30) Este retraso ha supuesto la apertura de un procedimiento de infracción contra España y contra otros países miembros de la UE.

(31) Cfr. Informe sobre Anteproyecto de LO de medidas restrictivas, CGPJ, apartado 33; Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO, p. 28, Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 198 y 260); León Alapont, J., «Los nuevos delitos», *op. cit.,* p. 78.

por qué comportar mengua de garantías» (32). Estas circunstancias se dan en buena parte de las normas penales que se incorporan, que describen el núcleo central de lo prohibido y remiten a un marco jurídico, como las decisiones PESC y los Reglamentos de la Unión Europea claramente definidos. Sin embargo, algunos de los tipos proyectados poseen demasiada amplitud y ambigüedad que hacen evidente el riesgo de afección al principio de legalidad penal (taxatividad). Así ocurre con la cláusula *praeter legem* prevista en el proyectado art. 604 bis 1 h), que sanciona la realización de «cualquier actividad sin autorización», o que «vulnere o incumpla las condiciones establecidas en autorizaciones concedidas» afectando a medidas restrictivas de la UE.

Será muy dificultoso, incluso para los operadores jurídicos –abogados, asesores, incluso jueces y fiscales– abarcar plenamente dentro de un abanico disperso y numerosísimo de disposiciones y personas los elementos que integran estos preceptos penales, debiéndose suscribir el parecer del Consejo General del Poder Judicial cuando manifiesta que «resulta evidente la complejidad de las nuevas figuras descritas» (33). No se trata de la clásica ley penal en blanco que cuenta con una orientación direccional clara, sino de una «superley penal en blanco», plagada de complejidades a las que se suman las constantes y posibles revisiones de medidas restrictivas y personas sometidas a ellas (34). Esta metodología, incuestionable en el espacio sancionador administrativo, no es muy propia de las responsabilidades penales, donde mucho se parecen a unas «arenas movedizas». En el espacio punitivo poseen distinta trascendencia elementos básicos como el conocimiento normativo, la motivación y el error, que en estos delitos pueden entrar en crisis.

3.1 La estructura del proyectado Título XXIII bis CP y las medidas restrictivas de la UE

El eje de la reforma legislativa que se emprende recae en el nuevo Título XXIII bis CP, dedicado a los «Delitos relativos a la política exte-

(32) Cfr. Terradillos Basoco, J., «Sistema penal y empresa», en AAVV (Terradillos, J. y Acale, M. coord.), *Nuevas tendencias en Derecho Penal económico,* Universidad de Cádiz, Cádiz, 2007, pp. 28 y ss. Añade este autor que la ley penal en blanco no puede utilizarse para ampliar sino para restringir el ámbito de intervención penal. Sobre esta problemática, cfr. García Arán, M., «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», en *EPC*, T. XIV., pp. 68 y ss.

(33) Cfr. Informe sobre Anteproyecto de LO de medidas restrictivas, CGPJ, apartado 84 (Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 212).

(34) El Consejo de la UE puede reconsiderar *per se* su decisión de imponer medidas restrictivas, o éstas ser dejadas sin efecto por decisión del TJUE.

rior y de seguridad común de la Unión Europea», que por el momento se concentran en su Capítulo I, referido a «los delitos por vulneración de las medidas restrictivas adoptadas en virtud del artículo 29 del Tratado de la Unión Europea y del artículo 215 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Sin embargo, ya se prevé que este título irá incorporando en el futuro nuevos delitos europeos, que se crearán sobre la base de futuras Directivas armonizadoras (35).

La clave de la reforma se encuentra en este Título, que concentra en su primer capítulo los nuevos artículos 604 bis, 604 ter, 604 quater y 604 quinquies del Código Penal. El artículo 604 bis se centra en las conductas de naturaleza económica. El artículo 604 ter en las restricciones de entrada y tránsito por el territorio de la UE. El artículo 604 quater a la violación de los deberes de información y al artículo 604 quinquies a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de las conductas punibles europeas declaradas de expresa tipificación por parte de los Estados miembros. En realidad se ha adaptado con ligeras variaciones el texto europeo, lo que reconoce expresamente la Exposición de Motivos: «se sigue, en la medida de lo posible, una traslación literal de las tipificaciones contenidas en la Directiva, sin perjuicio de que ello, en algunos casos puntuales, pueda dar lugar a situaciones de concurso de leyes o de concurso ideal de delitos, que se deberán resolver conforme a las normas generales del Código Penal».

El bien jurídico tutelado se circunscribiría a la «política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», como reza el proyectado Título XXIII bis CP, y concretamente a garantizar el cumplimiento de las medidas restrictivas impuestas por la Unión Europea. O como establece el informe del Consejo General del Poder Judicial, «la salvaguarda de la eficacia de las medidas restrictivas como instrumento esencial para la promoción de los objetivos de la política exterior y de seguridad común establecidos en el artículo 21 TUE» (36). Se trata de un bien jurídico «propio e institucional» de la Unión Europea, al que seguramente se irán sumando otros (37).

Sin embargo, debe aclararse si la política criminal que se desarrolla en España para tutelar estos intereses europeos supone la mera ejecución de la política exterior y de seguridad de la UE, es decir, si nuestro sistema penal es solo su «brazo armado». Como he defendido en publicaciones previas,

(35) Cfr. Informe sobre Anteproyecto de LO de medidas restrictivas, CGPJ, apartado 47. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 201).

(36) Cfr. Informe sobre Anteproyecto de LO de medidas restrictivas, CGPJ, apartado 54. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 202).

(37) Cfr. Informe sobre Anteproyecto de LO de medidas restrictivas, CGPJ, apartado 47. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 201).

el ejercicio de determinadas políticas a través de distintas figuras penales no puede omitir incorporar el marco de garantías y principios vigentes y esenciales de la órbita punitiva, pues ésta no puede regirse exclusivamente por las finalidades perseguidas por otros órdenes jurídicos que se configuran de distinta manera (política laboral, política fiscal, política sanitaria, etc.). Así, por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria convergen la política criminal y la política fiscal, sin que por ello el sistema penal deba convertirse en un mecanismo de recaudación de impuestos (38). Se toma como presupuesto de la sanción penal el incumplimiento de una serie de medidas preventivas que suelen tener funciones coactivas, limitadoras y que envuelven un mensaje político (39), pero muchas de ellas son en sí mismas «inestables», y no puede pretenderse reforzar su vigencia inmediata sin mayores fundamentos ni garantías, aplicando una respuesta penal.

En otras palabras y para ser más claro, la criminalización del incumplimiento de las medidas restrictivas de la Unión Europea no supone «el ejercicio» de la política exterior y de seguridad común de la UE, para el que existen instrumentos no penales, sino la sanción de las conductas más lesivas a dichas políticas europeas analizadas conforme a rigurosos parámetros penales. La pena no se impone sin más para lograr objetivos europeos, sino para cumplir los objetivos de prevención especial y general que debe perseguir toda respuesta penal. Con esta argumentación debe cuestionarse por violar un principio fundamental (legalidad-taxatividad) la creación de modalidades delictivas como la prevista en el nuevo art. 604 bis 1 h) CP, que sanciona «la realización de cualquier actividad sin autorización […] que, a falta de dicha autorización, supongan la infracción de una prohibición o restricción que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea» (40).

3.2 **Las modalidades punibles de vulneración de medidas restrictivas de la UE de naturaleza económica**

No puede ocultarse la enorme complejidad que encierra el proyectado artículo 604 bis CP, en cuanto consagra una serie de moda-

(38) Cfr. Ferré Olivé, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 39 y ss.

(39) Cfr. García Moreno, B., «Las medidas restrictivas», *op. cit.,* pp. 4 y ss. Destaca esta autora que estas medidas poseen limitaciones temporales, cláusulas de caducidad y revisiones periódicas acerca del cumplimiento de sus fines.

(40) Como veremos, esta modalidad delictiva no está reflejada en la parte dispositiva de la Directiva (UE) 2024/1226, sino que ha sido incorporada a partir del informe del Consejo General del Poder Judicial, punto 87, que interpreta el Considerando 17 de dicha Directiva. Cfr. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 110 y 214).

lidades delictivas que tienen en común su contenido económico. En esta primera toma de contacto, pondré de manifiesto algunos puntos que considero relevantes para poder interpretar los presupuestos y límites de esta nueva regulación penal. Sus aciertos (muchos) y desaciertos (no pocos).

Como presupuesto común, dispone el número 1 del artículo 604 bis CP que: «Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los fondos, recursos económicos, bienes, servicios, operaciones o actividades involucrados en su ejecución, quienes vulneren una prohibición o una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea, o que esté prevista en la normativa española para su ejecución, mediante la realización de alguna de las siguientes conductas, siempre que el valor de los fondos, recursos económicos, bienes, servicios, operaciones o actividades fuere igual o superior a 100.000 euros…» Para interpretar los conceptos que se utilizan, debe tenerse particularmente en cuenta el Derecho de la UE, para garantizar así su aplicación uniforme y razonable en todo el territorio europeo.

Todas las modalidades delictivas previstas en este artículo 604 bis CP se construyen sobre la base de la vulneración de una prohibición o de una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea, «o que esté prevista en la normativa española para su ejecución». Al exigir vulnerar una prohibición u obligación, se otorga especial relevancia a la antijuridicidad de la conducta, a la contradicción normativa. La Directiva (UE) 2024/1226, en su artículo 3, incorpora en cada uno de sus apartados una referencia a la necesaria antijuridicidad de las conductas (infringiendo una prohibición, infringiendo una obligación, etc.), lo que el legislador español ha resuelto a través de esta fórmula más genérica. Para alcanzar el concepto de «medida restrictiva de la Unión Europea» se debe recurrir a la definición que brinda el artículo 2.1. de la Directiva (UE) 2024/1226, por lo que se trata de «las medidas restrictivas adoptadas por la Unión sobre la base del artículo 29 del TUE o del artículo 215 del TFUE». Sin embargo, a primera vista podría entenderse que la norma penal incorpora también otro tipo de medidas restrictivas, que estén previstas «en la normativa española para su ejecución». Esta redacción llama a engaño, porque podría pensarse en una ampliación a las medidas procedentes de otros organismos internacionales como la ONU, la OCDE o el GAFI ejecutables en base a la normativa española. Sin embargo, el artículo 3.1. de la Directiva (UE) 2024/1226 resuelve el misterio, ya que redacta la fórmula completa: una medida restrictiva de la Unión «que esté pre-

vista en una disposición nacional por la que se ejecute una medida restrictiva de la Unión, cuando sea necesaria su ejecución nacional». El prelegislador español no ha copiado tal redacción –caso extraordinariamente extraño– argumentando evitar una «fórmula redundante» (41), por lo que ha optado por implementar una «fórmula confusa». En síntesis, existen otro tipo de medidas restrictivas, como las que establece el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o las que regula el artículo 42.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que en ningún caso quedan comprendidas en el artículo 604 bis CP que aquí se analiza (42).

El precepto se construye sobre una serie de elementos de contenido económico («fondos, recursos económicos, bienes, servicios, operaciones o actividades»), que adquieren especial relevancia, pues la entidad de la responsabilidad penal e incluso de la irresponsabilidad dependerá de las cuantías económicas que alcancen. Algunos de estos elementos reciben una interpretación auténtica en la propia Directiva (UE) 2024/1226, como sucede con los conceptos de «fondos» (43) o «recursos económicos» (44).

---

(41) Cfr. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 102).

(42) En el procedimiento de informes y consultas del proyecto de Ley, el Ministerio de Economía, Comercio y Empresa propuso la inclusión de otras medidas restrictivas internacionales o nacionales en el tipo penal. Sin embargo, la negativa se apoyó en el criterio previamente adoptado por la Comisión Europea, que rechazó la posibilidad de que los Estados miembros adopten por su cuenta medidas restrictivas adicionales a las de la UE, pues al afectar la operatividad del mercado exterior son de su competencia exclusiva. Cfr. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 86 y 175).

(43) Dice el artículo 2.3. de la Directiva (UE) 2024/1226 que son fondos: «los activos y beneficios financieros de cualquier naturaleza, entre ellos los incluidos en la siguiente relación no exhaustiva: a) efectivo, cheques, derechos dinerarios, efectos, giros y otros instrumentos de pago; b) depósitos en entidades financieras u otros entes, saldos en cuentas, deudas y obligaciones de deuda; c) valores negociables e instrumentos de deuda públicos y privados, tales como acciones y participaciones, certificados de valores, bonos, pagarés, *warrants* (garantías de opción), obligaciones y contratos de derivados; d) intereses, dividendos u otros ingresos sobre activos o devengados o generados por activos; e) créditos, derechos de compensación, garantías, garantías de buena ejecución u otros compromisos financieros; f) cartas de crédito, conocimientos de embarque y comprobantes de venta; g) documentos que atestigüen una participación en fondos o recursos financieros; h) criptoactivos, tal como se definen en el artículo 3, apartado 1, punto 5, del Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo».

(44) Dice el artículo 2.4. de la Directiva (UE) 2024/1226 que son recursos económicos: «los activos de cualquier naturaleza, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, que no sean fondos, pero que puedan utilizarse para obtener fondos, bienes o servicios».

3.2.1 Operaciones irregulares con fondos o recursos económicos

Prohíbe la letra a) del número 1 del artículo 604 bis CP «La puesta de fondos o recursos económicos a disposición, directa o indirectamente, de una persona, entidad u organismo sujeto a medidas restrictivas de la Unión, o en su beneficio». Prohíbe, por su parte, la letra b) «La no inmovilización de fondos o recursos económicos cuya propiedad, tenencia o control corresponda a una persona, entidad u organismo sujeto a medidas restrictivas de la Unión». Se trata de las conductas descritas en el art. 3.1.a) y b) de la Directiva (UE) 2024/1226, que en relación con fondos o recursos económicos, sancionan su puesta irregular a disposición de determinados sujetos, o su no inmovilización.

Aparece aquí el concepto de «persona, entidad u organismo sujeto a medidas restrictivas de la Unión». Se trata de «la persona física o jurídica, entidad u organismo sujetos a medidas restrictivas de la Unión» también definidos como personas, entidades u organismos «designados» (*designated person, entity or body*), por el artículo 2.2. de la Directiva (UE) 2024/1226. Es decir, se trata del espacio propio de sujetos a quienes se aplican *targeted sanctions* (sanciones selectivas) (45). Los nuevos preceptos españoles no incorporan una definición aclaratoria, porque normalmente no se recurre a esa técnica en la normativa penal de nuestro país (46). Lo que no obsta a que se utilice la fórmula europea para interpretar la ley penal aquí analizada.

Adviértase que esta modalidad delictiva no se dirige directamente a estos sujetos «designados», sino a otros sujetos que ponen a disposición o no inmovilizan los fondos. A título de autoría, podrá tratarse de operadores económicos, financieros, jurídicos, funcionarios u otros que violen las medidas restrictivas europeas beneficiando o tolerando operaciones con fondos o recursos pertenecientes a personas, entidades u organismos designados. Estos últimos podrían responder como partícipes.

3.2.2 Operaciones con un Estado sometido a medidas restrictivas

Dispone la letra c) del número 1 del artículo 604 bis CP que se trate de «La realización o el mantenimiento de operaciones con un tercer Estado, así como con sus organismos o entidades que, directa o indi-

(45) Sobre el tránsito de sanciones amplias hacia sanciones selectivas en la UE, cfr. García Moreno, B., «Las medidas restrictivas», *op. cit.,* pp. 8 y ss.

(46) Cfr. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 93).

rectamente, sean de su propiedad o estén bajo su control, incluida la concesión o ejecución ininterrumpida de contratos públicos, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión». Se trata de la conducta descrita en el artículo 3.1.d) de la Directiva (UE) 2024/1226. En este supuesto se prohíbe mantener operaciones con «un Estado» sometido a medidas restrictivas de la UE, sus organismos o entidades. Se debe poner de manifiesto el alcance de este tipo, que no solo comprende prohibiciones, sino también «restricciones», que es un concepto más amplio, aplicable a conductas que no suponen obligaciones directas ni prohibiciones totales (47).

3.2.3 Actividades mercantiles o servicios específicos sometidos a medidas restrictivas

I. *Supuestos básicos*

Dispone la letra d) del número 1 del artículo 604 bis CP que se trate de «El comercio, la importación, la exportación, la venta, la compra, la transferencia, el tránsito o el transporte de bienes, así como la prestación de servicios de corretaje, asistencia técnica u otros servicios relacionados con dichos bienes, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión». Se trata de la conducta descrita en el artículo 3.1.e) de la Directiva (UE) 2024/1226. Este precepto penal, como el anterior, no solo comprende prohibiciones, sino también restricciones. Pero tratándose de operaciones ordinarias de comercio de bienes, la amplitud de una restricción respecto a una prohibición puede dar pie a una gran incertidumbre jurídica y también, en su caso, a situaciones de error. También se prevé la sanción a quien preste servicios específicos de corretaje, asistencia técnica y «otros servicios» indefinidos, relacionados con estos bienes.

La amplitud de la punición se ve reflejada también en el Considerando 10.º de la Directiva (UE) 2024/1226 que indica: «La vulneración de esas prohibiciones debe ser constitutiva de delito, también cuando los bienes se importen de un tercer Estado o se exporten a un tercer Estado con el fin de transferirlos a un destino en relación con el cual la prohibición del comercio, la importación, la exportación, la venta, la compra, la transferencia, el tránsito o el transporte de esos bienes constituya una medida restrictiva de la Unión». Se está exten-

(47) Como observa en el procedimiento de informes y consultas del proyecto de Ley, el Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, las restricciones hacen referencia a conductas que no están totalmente prohibidas ni se impone una obligación clara, sino que se les impone límites, condiciones o requisitos previos. Cfr. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 92).

diendo la conducta típica a actos mercantiles dirigidos a «terceros Estados», de la misma forma que en dicho Considerando se pretende ampliar la sanción penal a una «prestación indirecta» de servicios. Añade el Considerando 10.º que: «La prestación, directa o indirectamente, de asistencia técnica, servicios de corretaje, seguros y cualquier otro servicio relacionado con esos bienes o servicios debe considerarse asimismo un delito». Interpretar con tal amplitud el artículo 604 bis CP excedería el sentido literal posible, por lo que estos supuestos añadidos deberían considerarse ajenos a la materia de prohibición.

II. *Comercio de artículos incluidos en la Lista Común Militar o productos de doble uso*

Dispone el número 4 del artículo 604 bis CP que «Si la conducta tipificada en la letra d) del apartado 1 de este artículo afectase a artículos incluidos en la Lista Común Militar de la Unión Europea o a productos de doble uso enumerados en los anexos I y IV del Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2021 por el que se establece un régimen de la Unión Europea de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso, se sancionará con la pena prevista en el citado artículo cualquiera que sea el valor de los artículos de que se trate». Esta disposición quiere responder a lo previsto en el artículo 5.3.e) de la Directiva (UE) 2024/1226, que dispone: «cuando el delito subsumible en el artículo 3, apartado 1, letra e), afecte a artículos incluidos en la Lista Común Militar de la Unión Europea o a productos de doble uso enumerados en los anexos I y IV del Reglamento (UE) 2021/821, dicho delito pueda ser castigado con una pena máxima de prisión de al menos cinco años, independientemente del valor de los artículos de que se trate». En realidad este precepto marca la diferencia respecto a las actividades mercantiles que tienen por objeto otro tipo de productos (art. 604 bis, apartado 1 d) CP), que quedarán en la impunidad si no se alcanzara el valor de 10.000 euros (art. 604 bis 2 CP). Tratándose de artículos incluidos en la Lista Común Militar o productos de doble uso, no rige tal cuantía mínima.

III. *Modalidad imprudente para artículos incluidos en la Lista Común Militar o productos de doble uso*

Se trata de una curiosa regulación de los delitos culposos. La Directiva (UE) 2024/1226, dispone en su artículo 3.3. que «Los Estados miembros garantizarán que las conductas enumeradas en el apartado 1, letra e), constituyan delito cuando se cometan por imprudencia

grave, al menos cuando dicha conducta se refiera a productos incluidos en la Lista Común Militar de la Unión Europea o a productos de doble uso enumerados en los anexos I y IV del Reglamento (UE) 2021/821». Es decir, abre la puerta a la responsabilidad por imprudencia en todos los supuestos de actividades mercantiles o servicios sometidos a medidas restrictivas, aunque solo impone la obligatoriedad de establecer esta sanción por imprudencia grave a los artículos incluidos en la Lista Común Militar o productos de doble uso. Esta última ha sido la opción elegida por el legislador español, que ha añadido un segundo párrafo al número 4 del artículo 604 bis CP: «Si la conducta anterior se realizase por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo del valor de los fondos, recursos económicos, bienes, servicios, operaciones o actividades involucrados en su ejecución», lo que solo comprende a los artículos incluidos en la Lista Común Militar o productos de doble uso. En orden a la caracterización de la imprudencia grave, dice la Directiva (UE) 2024/1226 que «el concepto de "imprudencia grave" debe interpretarse de conformidad con el Derecho nacional, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (Considerando 4.º). Se materializa así un criterio sumamente útil cuando se tratan de dilucidar los elementos subjetivos del tipo penal, máxime cuando podría haberse caído en la tentación de adoptar un criterio armonizador desde la Unión Europea. En España, Arroyo Zapatero ha propuesto justamente que la legislación europea aquí analizada incorpore el concepto de «ignorancia deliberada», adjudicándole igual pena que la que corresponde al delito doloso (48). Esta no ha sido la opción seguida por la Directiva aquí analizada sino que, por el contrario, ha dejado la caracterización de los elementos subjetivos a cada Derecho nacional, sin armonizar, y evitando la adopción de criterios muy polémicos como sería imponer legislativamente la mencionada ignorancia deliberada, que es mayoritariamente rechazada por nuestro Tribunal Supremo (49).

(48) Cfr. Arroyo Zapatero, L., «La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea en torno a las sanciones comerciales», en AAVV, *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, BOE, Madrid, 2025, pp. 436 y ss. Como ya he apuntado en otro lugar, «La ignorancia deliberada debe rechazarse, como mera manifestación de un desafortunado esnobismo jurídico pro anglosajón, por ser fuente de confusión y una institución completamente ajena a las interpretaciones que, asentadas en los parámetros de la teoría jurídica del delito, contribuyen de manera efectiva a una correcta aplicación del derecho penal en nuestro medio. Confunde y no aporta nada». Cfr. Ferré Olivé, J. C., *El delito de blanqueo…, op. cit.,* p. 280.

(49) Cfr. Ferré Olivé, J. C., *Tratado*…, *op. cit.,* pp. 263 y ss.

3.2.4 Prestación genérica de servicios

I. *Servicios o actividades financieras sometidas a medidas restrictivas*

Dispone la letra e) del número 1 del artículo 604 bis CP que se trate de «La prestación de servicios o la realización de actividades financieras, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión». Son los servicios o actividades financieras a los que se refiere el artículo 3.1.f) de la Directiva (UE) 2024/1226. Se trata de conceptos muy amplios, omnicomprensivos dentro del mundo financiero, que deberían ser acotados desde la interpretación. Se ha propuesto sin éxito desde el propio Ministerio de Economía, Comercio y Empresa (50) tener en cuenta las previsiones del Considerando 11 de la Directiva (UE) 2024/1226, que señala: «Las medidas restrictivas de la Unión incluyen medidas económicas y financieras sectoriales sobre la prestación de servicios financieros o la realización de actividades financieras. Entre esas actividades y servicios financieros se incluyen, por ejemplo, la financiación y la asistencia financiera, la inversión y la prestación de servicios de inversión, la emisión de valores negociables e instrumentos del mercado monetario, la aceptación de depósitos, la prestación de servicios especializados de mensajería financiera, la negociación de billetes, la prestación de servicios de calificación crediticia y la entrega de criptoactivos y monederos de criptoactivos. La vulneración de esas medidas económicas y financieras sectoriales debe constituir delito». En todo caso, esta amplia lista ejemplificativa podría ser tenida en cuenta como criterio mínimamente limitativo.

II. *Servicios no financieros*

Dispone la letra f) del número 1 del artículo 604 bis CP que se trate de «La prestación de servicios de cualquier otra naturaleza, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión». Se trata de la fórmula contemplada en el artículo 3.1.g) de la Directiva (UE) 2024/1226. También la técnica utilizada es muy cuestionable, por su exagerada amplitud. Deberían tenerse en cuenta las previsiones del Considerando 12 de la Directiva (UE) 2024/1226, que señala: «Las medidas restrictivas de la Unión incluyen medidas económicas y financieras sectoriales sobre la prestación de otros servicios aparte de los financieros. Entre esos servicios

(50) Cfr. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 92 y 183).

se incluyen, por ejemplo, la prestación de servicios de asesoramiento jurídico, servicios de confianza, servicios de relaciones públicas, servicios de contabilidad, auditoría, teneduría de libros y consultoría tributaria, servicios de consultoría empresarial y de gestión, servicios de consultoría informática, servicios de radiodifusión y servicios de arquitectura e ingeniería. La vulneración de esas medidas económicas y financieras sectoriales debe constituir delito». Sigue siendo una formulación muy extensa, pero no queda tan indeterminada como la fórmula abstracta elegida por el prelegislador.

En cuanto a los profesionales del Derecho, dice el artículo 3.4. de la Directiva (UE) 2024/1226 que: «En ningún caso se entenderá que el apartado 1 impone a los profesionales del Derecho la obligación de comunicar la información que reciban u obtengan de uno de sus clientes al valorar la situación jurídica de dicho cliente o al ejercer la defensa o representación de dicho cliente en procedimientos judiciales, o en relación con ellos, lo cual incluye el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo». Esta disposición no se ha transpuesto a la nueva normativa penal, argumentándose que el ordenamiento jurídico español contempla rigurosamente el deber de secreto de los profesionales del Derecho (51). El conflicto entre la prestación de servicios jurídicos y la imputación de delitos económicos ya se ha hecho visible en orden a las acciones profesionalmente adecuadas, fundamentalmente en el ámbito penal tributario (52), y en el delito de blanqueo de dinero (53).

3.2.5 Fondos que deben ser inmovilizados

I. *Disposición indebida de fondos*

Dispone la letra g).1 del número 1 del artículo 604 bis CP que se prohíbe «La elusión de una medida restrictiva de la Unión Europea, mediante la realización de alguna de las siguientes conductas: 1.º Utilizando o transfiriendo a un tercero, o disponiendo de otro modo, de fondos o recursos económicos que directa o indirectamente sean propiedad o estén en posesión o bajo el control de una persona, entidad u organismo sujeto a

(51) Como se señala por parte del legislador, fruto del apartado 59 del informe del CGPJ, tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 542.3) como la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 416.2), La Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (art. 16) y el Estatuto General de la Abogacía Española (RD 135/2021) contemplan el deber de secreto de los profesionales del Derecho. Cfr. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 110 y 204).

(52) Cfr. Ferré Olivé, J. C., *Tratado*…, *op. cit.,* pp. 198 y ss.

(53) Cfr. Ferré Olivé, J. C., *El delito de blanqueo…, op. cit.,* pp. 62 y ss.

medidas restrictivas de la Unión y que deban ser inmovilizados de conformidad con una medida restrictiva con la finalidad de ocultar dichos fondos o recursos económicos […] ». Se trata de las conductas descritas en el artículo 3.1.h) i) de la Directiva (UE) 2024/1226.

La fórmula utilizada vuelve a ser amplísima, ya que no se limita a la utilización y transferencia de los fondos que deben ser inmovilizados, sino que sanciona «cualquier otro modo» de disposición. Los fondos o recursos económicos deben estar en propiedad, posesión o bajo el control de «forma directa o indirecta» de aquel sometido a medidas restrictivas, lo que también revela una gran amplitud en su formulación. En un sentido limitador, y por lo tanto positivo, se ha añadido al dolo la «finalidad de ocultar» dichos fondos o recursos económicos, lo que debe quedar sometido a los correspondientes requisitos probatorios.

II. *Proporcionar información falsa o engañosa*

Dispone la letra g).2 del número 1 del artículo 604 bis CP que se prohíbe «La elusión de una medida restrictiva de la Unión Europea, mediante la realización de alguna de las siguientes conductas: […] 2.º Proporcionando información falsa o engañosa con la finalidad de ocultar el hecho de que una persona, entidad u organismo sujeto a medidas restrictivas de la Unión es el propietario o beneficiario último de fondos o recursos económicos que deben ser inmovilizados de conformidad con una medida restrictiva de la Unión Europea». Son las figuras descritas en el artículo 3.1.h) ii) de la Directiva (UE) 2024/1226. Se trata de la conducta de «proporcionar información falsa o engañosa» para ocultar «la identidad» del propietario o beneficiario último de recursos inmovilizados (54). La cuestión de la identificación del titular real o beneficiario último de fondos ha generado uno de los grandes desafíos jurídicos europeos, que también se plasma con claridad en 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 (arts. 22 y ss.) (55).

---

(54) Cfr. Walser Boserman, J., «Sanciones internacionales y derecho penal español: un examen del anteproyecto de transposición de la Directiva (UE) 2024/1226», en *Diario la Ley* núm. 10788, septiembre 2025, p. 4; Parrilla Vergara, J., «La que se avecina: la reforma del Anteproyecto de Ley Orgánica para la transposición de la Directiva (UE) 2024/1126», en https://blog.sepin.es/blog/2025/09/24/anteproyecto-ley-organica-transposicion-directiva-ue-2024-1126/, 2024, p. 4.

(55) Es titular real, según el artículo 2.28 del mencionado Reglamento «cualquier persona física que detente la propiedad o controle en último término de una

En la modalidad delictiva aquí analizada se ha añadido al dolo la «finalidad de ocultar», en este caso, la identidad de las personas señaladas.

III. *Decomiso*

Dispone el número 5 del artículo 604 bis CP en relación con el decomiso que «En los delitos previstos en la letra g) del apartado 1, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso los fondos o recursos económicos que hubieran sido inmovilizados o debieran haber sido inmovilizados de conformidad con una medida restrictiva de la Unión Europea, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias». Según destaca la Exposición de Motivos, se trata de una «novedad sin precedentes en la legislación penal europea», pues esos bienes no son «ni instrumentos ni producto del delito conforme al concepto penal ordinario» (56).

Se aprecia, por lo tanto, una curiosa doble posición del decomiso en este espacio punitivo. Por una parte a través de esta específica fórmula, y por la otra a través de la genérica aplicación de la figura del decomiso ampliado del artículo 127 bis 1 CP, a través de su letra «s» (Artículo único, número 1 de esta reforma).

3.2.6 Fórmula *praeter legem*

Dispone la letra h) del número 1 del artículo 604 bis CP que se trate de «La realización de cualquier actividad sin autorización, o que vulnere o incumpla las condiciones establecidas en autorizaciones concedidas por las autoridades competentes que, a falta de dicha autorización, supongan la infracción de una prohibición o restricción que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea». Debe advertirse que esta polémica y genérica fórmula no es la estrictamente prevista en el artículo 3.1.i) de la Directiva (UE) 2024/1226, que no hace referencia a «cualquier actividad sin autorización». Esta creación legislativa es fruto de la propuesta del Consejo General del Poder Judicial, que en el punto 87 de su informe interpreta y recrea más que

---

entidad jurídica o de un fideicomiso (del tipo *trust*) expreso o de un instrumento jurídico análogo». Cfr. ampliamente Morón Pendás, I., «La prevención del blanqueo», *op. cit.,* pp. 371 y ss.

(56) Sobre esta problemática, véase el interesante artículo de Aguado Correa, T., «El progresivo fortalecimiento de la recuperación y decomiso de activos ante la vulneración de medidas restrictivas de la UE en la normativa europea y su transposición a nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley* núm. 10.970, 24 de junio, pp. 2 y ss.

lo que dice la Directiva, haciéndose eco de uno de sus considerandos no reflejados expresamente en el texto normativo (57).

Se trata de una fórmula amplísima, cláusula de recogida que va claramente en contra del principio constitucional de legalidad, concretamente contra el subprincipio de taxatividad. Nuestro legislador pretende incorporar un delito de mera desobediencia a los mandatos europeos, sin dotar a esta prohibición de un mínimo contenido material, sin exteriorizar algún criterio que justifique superar el desvalor de la infracción administrativa para llegar a la imposición de la pena.

3.2.7 Aspectos relevantes en relación con las cuantías

Sin posibilidad material de agotar en este trabajo los innumerables problemas interpretativos que generará el proyectado artículo 604 bis CP (sin ir más lejos, la entidad y determinación de las penas), considero necesaria alguna reflexión sobre las cuantías. Se trata de un elemento fundamental, del que dependerá no solo la entidad de la pena, sino el espacio que puede o no reservarse para las infracciones administrativas o para decretar la irrelevancia jurídica de las conductas.

La modalidad básica u ordinaria, que lógicamente es sancionada penalmente con mayor contundencia, exige que el valor de los fondos, recursos económicos, bienes, servicios, operaciones o actividades involucrados iguale o supere los 100.000 euros. Sin embargo, se aplicará la pena inferior en grado a las conductas respecto a las que las cuantías tengan un valor igual o superior a 10.000 euros, siendo inferior a 100.000 (art. 604 bis 2 CP). Parece sencillo, por lo tanto, asociar una pena concreta o la ausencia de sanción al valor trazado por estos «umbrales».

Siguiendo las previsiones del artículo 3.2 a) y b) de la Directiva (UE) 2024/1226, las infracciones por importe inferior a 10.000 euros podrían caer fuera del ámbito penal, salvo que la legislación punitiva del Estado disponga lo contrario. Sin embargo, la propia normativa europea exige sancionar infracciones por importe inferior si se dan los requisitos previstos en el último párrafo del mencionado artículo: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el umbral de 10.000 EUR o más pueda alcanzarse mediante una serie de conductas enumeradas en el apartado 1, letras a), b) y d)

(57) Cfr. Congreso de los Diputados. Documentación de Trabajo (2025: 110 y 214). El texto inspirador del considerando 17 dice que «Cualquier actividad realizada sin autorización podría considerarse, dependiendo de las circunstancias del caso, una vulneración de las medidas restrictivas de la Unión consistentes en la inmovilización de fondos o recursos económicos, prohibiciones de viaje, embargos de armas u otras medidas económicas y financieras sectoriales».

a i), del presente artículo, que sean conexas y del mismo tipo, cuando dichos delitos sean cometidos por el mismo infractor». En ese sentido, dispone el número 3 del artículo 604 bis CP que «Para la determinación de las cuantías a que se refieren los dos apartados precedentes, se estará al total de las conductas realizadas por el mismo sujeto activo, siempre que estas sean conexas y de la misma naturaleza».

Por lo tanto, las infracciones por importe inferior a 10.000 euros caerán efectivamente fuera del ámbito penal, incluso cuando la suma total supere dicha cifra, si no las realiza el mismo sujeto, ni sean conexas o de la misma naturaleza. Queda a salvo el supuesto de los artículos incluidos en la Lista Común Militar o productos de doble uso, en los términos del artículo 604 bis 4 CP, excepción que ya fue analizada.

Finalmente, pueden constatarse una suma de actos que aisladamente considerados no lleguen a los 100.000 euros, pero sí se alcance o supere dicha cuantía a través de la adición de hechos conexos. A esta situación se refiere el artículo 5.4. de la Directiva (UE) 2024/1226, cuando dispone que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el umbral de 100.000 EUR o más pueda alcanzarse mediante una serie de delitos subsumibles en el artículo 3, apartado 1, letras a), b) y d) a i), que sean conexos y del mismo tipo, cuando dichos delitos sean cometidos por el mismo infractor».

La utilización de este sistema de cuantías, cada vez más frecuente en nuestra legislación penal, no está exenta de problemas. Técnicamente se adopta una solución que ya se conoce como «salto de tipo», prevista originalmente para infracciones administrativas continuadas en materia de contrabando (58). En dicho caso se trata de la suma de infracciones administrativas de menor cuantía que, sumadas, traspasan el umbral del comportamiento delictivo.

La mera suma de cuantías que individualizan conductas no punibles, o que conforman –en su caso– infracciones administrativas (aisladamente inferiores a 10.000 euros, pero que sumadas superan esa cantidad) puede generar problemas importantísimos: ¿cuál es el espacio temporal en el que deben darse todas estas operaciones? Esta anómala situación fue destacada en alegaciones presentadas por la Asociación Española de la Banca, y tiene todo su sentido, porque se trata de un elemento de trascendental importancia para fijar los límites de la intervención penal. Debería exigirse un razonable marco

(58) Esta solución se ha ido extendiendo a otros ilícitos penales en el mismo contexto, como el fraude de subvenciones o el delito contra la Seguridad Social. Cfr. Ferré Olivé, J. C., «El contrabando como delito contra la renta de aduanas», en *Revista Penal*, núm. 56, 2025, pp. 141 y ss.

temporal (59). En el mismo sentido surge la duda, ¿pueden integrarse infracciones administrativas ya sancionadas, o se computarían en la cuantía total, afectando el principio *non bis in idem*? Estos interrogantes también se presentarán cuando se recurra a una componenda de infracciones previas que superen en conjunto los 100.000 euros y conlleven, por ello, un importante incremento de pena.

3.3 **El delito de vulneración de la restricción de entrada o tránsito por el territorio de un Estado miembro de la UE**

Esta figura está contemplada en el artículo 604 ter CP, que dispone: «Serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años, quienes, con la finalidad de vulnerar una prohibición o una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea, o esté prevista en la normativa española para su ejecución, permitan que personas físicas designadas entren en el territorio de un Estado miembro o transiten por el territorio de un Estado miembro». Se trata de la conducta contemplada en el artículo 3.1.c) de la Directiva (UE) 2024/1226 que no parece muy ligada a presupuestos económicos, sino más bien prevalecen fundamentos de naturaleza política.

En este caso no hay referencia a fondos, recursos económicos, bienes o cuantías. Pero sí se exige «la finalidad» de vulnerar las medidas restrictivas europeas, lo que incrementa el tipo subjetivo junto al dolo. Obsérvese que, a diferencia de los supuestos de los artículos 604 bis y quater, aquí se maneja el concepto europeo de personas «designadas» y en aquellos casos el de personas sujetas «a medidas restrictivas de la Unión».

Adviértase que la gestión y autorización para entrar, transitar e incluso sobrevolar el territorio español afecta casi exclusivamente a funcionarios públicos o autoridades, a quienes se aplicará la correspondiente agravante prevista en el artículo 604 sexis letra d) CP. La pena prevista es severa, pero se sanciona exclusivamente la conducta dolosa con una finalidad específica, lo que justifica plenamente la intervención penal.

3.4 **La violación de los deberes de información**

La Directiva (UE) 2024/1226 destaca la necesidad de imponer sanciones penales en caso de violarse deberes de comunicar información (Considerandos 3, 15 y 16). Por una parte, puede proporcionarse

(59) Cfr. Ferré Olivé, J. C., «El contrabando…», *op. cit.,* p. 142.

información «falsa o engañosa», conducta activa que conlleva mayor pena, al ser de aplicación el artículo 604 bis g.2) CP. Aquí nos encontramos con una serie de conductas omisivas, en las que el sujeto obligado no informa lo que debe comunicar en el contexto de las medidas restrictivas de la UE recibiendo, en estos casos, una pena menor.

Dice el artículo 604 quater 1. CP que: «Serán castigados con las penas de prisión de uno a dos años y multa del tanto al triplo del valor de los fondos, recursos económicos, bienes, servicios, operaciones o actividades involucrados en su ejecución, siempre que dicho valor fuere igual o superior a 100.000 euros quienes eludan una medida restrictiva de la Unión Europea, mediante la realización de alguna de las siguientes conductas:

a) Incumpliendo una persona física sujeta a medidas restrictivas de la Unión, o el representante de una entidad u organismo sujeto a medidas restrictivas de la Unión la obligación de informar a las autoridades administrativas competentes de los fondos o recursos económicos dentro del territorio de un Estado miembro que le pertenezcan o estén en su posesión o bajo su control; o

b) Incumpliendo la obligación de proporcionar a las autoridades administrativas competentes información sobre los fondos o recursos económicos inmovilizados o la que se disponga sobre los fondos o recursos económicos que se encuentren en el territorio de los Estados miembros y cuya propiedad, tenencia o control corresponda a personas, entidades u organismos sujetos a medidas restrictivas de la Unión y que no hayan sido inmovilizados, cuando dicha información se obtuviese durante el ejercicio de una función profesional».

Se trata de las conductas descritas en el artículo 3.1.h) iii) y iv) de la Directiva (UE) 2024/1226. La modalidad prevista en la letra «a» se construye sobre la base de un «deber jurídico» de brindar información a las autoridades administrativas por parte de las «propias personas» sometidas a medidas restrictivas de la UE. Para que proceda, debe tratarse de fondos o recursos económicos que le pertenezcan, estén en su posesión o bajo su control y que estén localizados dentro del territorio de un Estado miembro de la UE. Se trata, por lo tanto, de un «delito especial» que solo puede consumarse dolosamente, y a título de autoría, por las personas indicadas. Esta particular norma parece obligar a las personas designadas a autoincriminarse, sumando otro punto negro a la nueva normativa aquí analizada.

El supuesto previsto en la letra «b» se construye sobre la base de un «deber jurídico» de proporcionar información a las autoridades administrativas por parte de personas ajenas a las medidas restrictivas,

pero que intervienen desde el «sector profesional». Para que proceda, debe tratarse de fondos o recursos económicos que pertenezcan, estén en posesión o bajo el control de personas sometidas a medidas restrictivas de la UE, e inmovilizados o localizados dentro del territorio de un Estado miembro de la UE. Se trata también de un «delito especial» que solo puede consumarse dolosamente y a título de autoría por los profesionales obligados. Deberá prestarse especial atención al marco jurídico aplicable a estos sectores profesionales (fundamentalmente, al sector financiero), sobre los que pesen los deberes jurídicos de informar y, tratándose de personas jurídicas, a la actualización de sus mecanismos de *compliance* penal.

Reiterando el modelo ya establecido en los números 2 y 3 del artículo 604 bis CP, la pena se atenúa si el valor de los fondos supera los 10.000 euros sin alcanzar los 100.000. Para determinar la cuantía «se estará al total de las conductas realizadas por el mismo sujeto activo, siempre que estas sean conexas y de la misma naturaleza».

3.5 **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**

La Directiva (UE) 2024/1226 prevé un marco de responsabilidad penal y «no penal» (administrativo) para las personas jurídicas en estas materias. A ello se dedican los artículos 6 y 7. En esencia, como dispone el artículo 6.2 de la mencionada Directiva (UE): «Los Estados miembros garantizarán que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la ausencia de supervisión o control por parte de una persona a que se refiere el apartado 1 del presente artículo haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa, en beneficio de esa persona jurídica, cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 3 y 4».

Indica el nuevo artículo 604 quinquies lo siguiente: «1. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

a) En el caso de los delitos previstos en los artículos 604 bis, apartados 1 y 2, y 604 ter, la pena de multa de hasta el 5 % de su volumen de negocios mundial total en el ejercicio económico anterior a aquel en que se cometió el delito;

b) En el caso de los delitos previstos en el artículo 604 quater a) y b), la pena de multa de hasta el 1 % de su volumen de negocios mundial total en el ejercicio económico anterior a aquel en que se cometió el delito.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 de este Código.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, no sea posible determinar la cuantía de la multa, será de aplicación lo previsto en el artículo 52.4».

La responsabilidad penal de la persona jurídica en esta materia debe construirse sobre la base de la ausencia de cumplimiento de los deberes de supervisión y control. Nuestro legislador ha considerado que el marco regulador de esta responsabilidad en España, consagrado en los artículos 31 bis y siguientes CP, cumple plenamente con las directrices europeas, por lo que se centra en la esfera sancionatoria. Atendiendo a estos principios generales, las empresas deberán rediseñar sus programas de compliance para prevenir estos supuestos de vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea.

Las multas que fija el legislador español se corresponden con el marco que fija la Directiva (UE) 2024/1226 (art. 7, a y b), sin adoptar un sistema de multas fijas (de 8 o 40 millones de Euros) al que habilita también la normativa europea. En definitiva, habrá que atender al «volumen de negocios mundial de la empresa», cuya determinación puede llegar a entrañar muchísimas dificultades. Por ese motivo se prevé la posibilidad de aplicar el artículo 52.4 CP, que estaría en consonancia con lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Directiva (UE) 2024/1226, cuando se refiere a una multa «de una cuantía proporcional a la gravedad de la conducta y de las circunstancias individuales, financieras y de otra índole de la persona jurídica implicada».

4. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS Y EXONERANTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

El capítulo II de este nuevo Título XXIII bis CP consagra una serie de «Disposiciones comunes al capítulo anterior», en particular circunstancias específicas agravantes, atenuantes y un extraño supuesto de exclusión de la punibilidad.

Las circunstancias agravantes contemplan la aplicación de la pena prevista en su mitad superior (art. 604 sexies CP, inspirado en el art. 8 de la Directiva UE 2024/1226) si se tratara de:

– Un delito «cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades».

– Un delito «cometido abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase».

– Un delito «cometido por un prestador de servicios profesionales incumpliendo las obligaciones propias de su profesión».

– Un delito «cometido por autoridad, o funcionario público, y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio».

– «Cuando el beneficio generado o pretendido generar o la ventaja indebida de cualquier naturaleza tenga un valor especialmente elevado».

– «Cuando el culpable haya destruido pruebas o intimidado a testigos o denunciantes».

– «Cuando al delinquir, el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente por alguno de los delitos a que se refieren los artículos 604 bis, 604 ter, y 604 quater del Código Penal».

En cuanto a las circunstancias atenuantes, se prevén distintos supuestos que habilitarían la rebaja a una pena inferior en uno o dos grados (art. 604 septies CP inspirado en el art. 9 de la Directiva UE 2024/1226) (60).

Párrafo aparte merece merecen las exonerantes de responsabilidad. A estos delitos se les aplican lógicamente todas las circunstancias de exoneración de responsabilidad penal existentes en el propio Código, y en particular el ejercicio legítimo de un derecho previsto en el artículo 20.7 CP. La actuación dentro del marco jurídico resulta exenta de responsabilidad, lo que destaca expresamente la propia Directiva (UE) 2024/1226 al manifestar en su Considerando 5.º que «Los actos por los que se establecen medidas restrictivas de la Unión pueden disponer la inaplicación de las prohibiciones establecidas en ellos en forma de exenciones o excepciones. No debe considerarse una vulneración de medidas restrictivas de la Unión una conducta a la que pueda aplicarse una exención al amparo de un acto por el que se establecen medidas restrictivas de la Unión o que esté autorizada por las autoridades

(60) «En los delitos previstos en el capítulo anterior, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones, o asociaciones a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado».

competentes de los Estados miembros mediante una excepción de conformidad con los actos por los que se establecen medidas restrictivas de la Unión». En otros términos, no se cuestionan las autorizaciones que puedan emanar de las autoridades competentes de cada Estado miembro, con plena vigencia exonerante aunque se trate de eurodelitos.

Mucho más peculiar es la «exonerante humanitaria». Dispone el artículo 604 octies CP que: «Las conductas descritas en el capítulo anterior no serán punibles cuando tengan por objetivo prestar asistencia humanitaria a personas necesitadas o se trate de actividades en apoyo de necesidades humanas básicas, prestadas de conformidad con los principios de imparcialidad, humanidad, neutralidad e independencia y, en su caso, con el Derecho Internacional humanitario» (61). Consagra la exonerante prevista en el número 5 del artículo 3 de la Directiva (UE) 2024/1226.

Efectivamente, la sanciones comerciales pueden provocar un impacto desastroso en la población civil, como ha ocurrido con las impuestas a Irak en los años 90 del pasado siglo. Por ese motivo se ejerce mayor control selectivo para evitar la violación del Derecho internacional humanitario (62). El catálogo de los derechos que pueden resultar afectados por sanciones económicas o comerciales como las aquí expuestas es muy amplio (la vida, la salud, la educación, la vivienda, etc.) (63). Esta modalidad de exclusión de la responsabilidad penal se encuadra entre las causas de justificación, como ejercicio legítimo de un derecho, que se construye sobre la base del Derecho Internacional humanitario.

5. OTRAS PARTICULARIDADES QUE GENERA EL NUEVO EURODELITO

No es posible extenderse más en este trabajo sobre las peculiaridades y consecuencias que esta nueva regulación incorporará al sistema penal español. Al atraer a nuestro sistema la metodología

(61) Se trata de incorporar la «salvedad humanitaria» de medidas de inmovilización de activos (Resolución 2664/2022 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas).

(62) Cfr. Asada, M., «Definition and legal justification», *op. cit.,* p. 3.

(63) Cfr. Dupont, P. E., «Human rights implications of sanctions», en AAVV *Economic sanctions in International Law and Practice*, Routledge ed. Londres-Nueva York, 2020, pp. 49 y ss. Recuerda este autor la jurisprudencia del TJUE sobre la exclusión de sujetos de la lista de sanciones, en la que debería influir una mayor consideración del respeto de los derechos humanos.

europea, deben reordenarse instituciones penales, procesales y administrativas. Así, se contempla la posible publicación de la sentencia condenatoria si existiera interés público (64), se incrementa la pena en el supuesto de utilización de fondos para el blanqueo de dinero (art. 301.1 CP), se añade un nuevo supuesto al decomiso ampliado (art. 127 bis «s» CP) y se atribuye la competencia para conocer estos delitos a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 64 apartado 1 letra «h» de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Se crea, también, una «Comisión mixta de coordinación para la ejecución de las medidas restrictivas de la Unión Europea».

6. CONCLUSIONES

La Unión Europea se ha apresurado, atendiendo al conflicto bélico entre Rusia y Ucrania, a dictar una Directiva que tiende a homogeneizar la respuesta penal de todos los países miembros de la UE, cuando se vulneren sus medidas restrictivas. Urgencia que ha trasladado a los países miembros, imponiéndoles un inusitado apresuramiento de transposición. Se está abriendo el camino para crear un Código Penal europeo armonizado a través de un procedimiento oscuro: Europa no puede dictar leyes penales en sentido estricto, pero puede imponer a los Estados la adopción con urgencia de sus normas penales sin reparar demasiado en los problemas de técnica jurídica y de garantías que se generen en cada uno de los Estados. Así las cosas, la reforma legislativa española ha ignorado estos problemas, derivados fundamentalmente de trasladar criterios que funcionan perfectamente en materia administrativa, pero no lo hacen tan bien en sede penal. Se cumplen sobradamente los objetivos europeos, copiando o incluso acrecentando lo que se exige (por ej. el agravamiento de pena en materia de blanqueo de dinero, o la incorporación de una fórmula *praeter legem*). La norma europea es confusa y técnicamente muy cuestionable. Lo mismo ocurre con su copia.

(64) Dispone el artículo 604 nonies CP: «En el supuesto de sentencia condenatoria firme por cualquiera de los delitos previstos en este Título, el Juez o Tribunal, motivadamente y a costa del demandado, podrá decretar su publicación, total o parcial, en el "Boletín Oficial del Estado", cuando exista un interés público, valorado de forma individualizada. Dicha publicación podrá contener, excepcionalmente y por causa justificada, datos de carácter personal con las cautelas previstas en la legislación sobre protección de esta materia».

7. BIBLIOGRAFÍA

Aguado Correa, T. (2026), «El progresivo fortalecimiento de la recuperación y decomiso de activos ante la vulneración de medidas restrictivas de la UE en la normativa europea y su transposición a nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley* núm. 10.970, 24 de junio.

Arroyo Zapatero, L., (2025), «La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea en torno a las sanciones comerciales», en AAVV. *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, BOE, Madrid.

Asada, M., (2020), «Definition and legal justification of sanctions», en AAVV, *Economic sanctions in International Law and Practice*, Routledge ed. Londres-Nueva York.

Bertot Triana, H., (2024), «*Sanciones* económicas unilaterales en el orden jurídico internacional: ¿vale todo o límites necesarios a los atavismos represivos de una sociedad internacional precomunitaria?», en *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 47.

Calleja Crespo, D., (2023), «La adopción de sanciones contra Rusia por la guerra de Ucrania: La perspectiva de la Comisión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 75.

Congreso de los diputados. documentación de trabajo (2025). Documentación que acompaña al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de la Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, relativa a la definición de los delitos y las sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/1673. https://www.congreso.es/webpublica/documentacion/docs_trabajo/leg15/121_000072/121_000072_doc_acompana.pdf.

De la Cuesta Arzamendi, (2009), «Armonización penal en la Unión Europea», en AAVV, *Ars Iudicandi. LH Figueiredo Dias*, Vol 1. Coimbra.

Dupont, P. E., (2020), «Human rights implications of sanctions», en AAVV, *Economic sanctions in International Law and Practice*, Routledge ed. Londres-Nueva York.

Ferré Olivé, J. C., (2018), *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia.

— (2024), *El delito de blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch. Valencia.

— (2025), «El contrabando como delito contra la renta de aduanas», en *Revista Penal* núm. 56.

García Arán, M., (1993), «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», en *EPC*, T. XIV.

García Moreno, B., (2025), «Las medidas restrictivas de la Unión Europea: ¿política exterior o sanción penal?, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 46.

GIUMELLI, F., (2020), «Implementation of sanctions», en AAVV, *Economic sanctions in International Law and Practice*, Routledge ed. Londres-Nueva York.

LEÓN ALAPONT, J., (2025), «Los nuevos delitos relativos a la vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea: la transposición al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento y del Consejo, de 24 de abril», en *ReCrim*.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (2023), «El control jurisdiccional del TJUE en materia de medidas restrictivas adoptadas en el ámbito de la PESC: el equilibrio entre efectividad y legalidad», en *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 75.

MORÓN PENDÁS, I., (2025), *La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MULDER, N., (2022), *The economic weapon. The rise of sanctions as a tool of modern war*, Yale University Press.

PARRILLA VERGARA, J., (2024), «La que se avecina: la reforma del Anteproyecto de Ley Orgánica para la transposición de la Directiva (UE) 2024/1126», en https://blog.sepin.es/blog/2025/09/24/anteproyecto-ley-organica-transposicion-directiva-ue-2024-1126/.

PASTOR PALOMAR, A., (2024), «Desarrollos recientes en la práctica de las medidas restrictivas de la UE», en *La Ley mercantil*, núm. 118, noviembre 2024.

RUEDA GARCÍA, L., (2025), «La Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril, relativa a la definición de los delitos y sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión y por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/1673», en *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 86, enero 2025.

TERRADILLOS BASOCO, J., (2007), «Sistema penal y empresa», en AAVV (Terradillos, J. y Acale, M. coord.), *Nuevas tendencias en Derecho Penal económico*, Universidad de Cádiz, Cádiz.

WALSER BOSERMAN, J., (2025), «Sanciones internacionales y derecho penal español: un examen del anteproyecto de transposición de la Directiva (UE) 2024/1226», en *Diario la Ley* núm. 10788, septiembre.

Criminalidad policorporativa, diligencia debida ambiental y responsabilidad de los administradores (1)

RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ
Profesora Agregada de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra

RESUMEN

Este trabajo analiza la responsabilidad penal de los administradores de las sociedades matrices que, bajo lo establecido en la Directiva (UE) 2024/1760, incumplen las obligaciones de diligencia debida y no evitan la comisión de delitos ambientales a partir de la actividad de las filiales. La complejidad de los grupos policorporativos dificulta la aplicación de criterios tradicionales de imputación penal individual, como es el caso de la delegación de funciones. Sobre la base de la distinción entre las competencias de gestión estratégica y las de gestión operativa, se analizan las posibilidades de fundamentar la responsabilidad del administrador de la sociedad matriz con base en la delegación de funciones. Asimismo, se atiende a diferentes escenarios en los que podría ser relevante la atribución de responsabilidad con base en la estructura del actuar u omitir precedente peligroso.

Palabras clave: *grupos empresariales; administrador; diligencia debida; responsabilidad penal; medio ambiente.*

---

(1) Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento titulado «El Derecho penal de los grupos de sociedades» (Referencia: PID 2023-147308NB-I00). Una parte de lo que constituye este trabajo se presentó en el Congreso internacional «Towards a European Law of Sustainability?», organizado por el *Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*, celebrado en Bertinoro durante los días 8 a 12 de septiembre de 2025. Asimismo, debo agradecer al Prof. Vincenzo Mongillo y a todo su equipo por permitirme realizar una agradable estancia de investigación en la Unitelma Sapienza Roma durante el verano de 2025 y poder iniciar entonces la redacción de este trabajo.

ABSTRACT

This paper analyzes the criminal liability of parent company directors who, under the provisions of Directive (EU) 2024/1760, fail to comply with due diligence obligations and neglect to prevent the commission of environmental crimes arising from the activities of their subsidiaries. The inherent complexity of polycorporate groups hinders the application of traditional criteria for individual criminal imputation, such as the delegation of functions. Based on the distinction between strategic management and operational management competencies, this study examines the possibilities of establishing the liability of parent company directors through the framework of delegated functions. Furthermore, it addresses various scenarios in which the attribution of liability may be relevant based on the doctrine of commission by omission (or omission through a dangerous preceding act).

Keywords: *corporate groups; director; due diligence; criminal liability; environment.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La gestión de los riesgos ambientales.–III. Sobre las características organizativas de los grupos empresariales.–IV. El cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida ambiental en los grupos. 4.1 El contexto regulatorio previo a la Directiva; 4.2 El alcance de las obligaciones de diligencia debida. 4.3 Sobre el contenido de las obligaciones de diligencia debida infringidas.–V. ¿Delegación de la diligencia debida? 5.1 Los aspectos generales de la delegación de funciones; 5.2 La delegación de funciones en el plano de la gestión estratégica de los grupos empresariales. 5.2.1 Contenidos generales de la gestión estratégica. 5.2.2 Los escenarios de la posible delegación de las obligaciones de diligencia debida entre la matriz y la filial. 5.3 La delegación de funciones en el marco de la gestión operativa. 5.4 La delegación de la sociedad matriz a su órgano de administración.–VI. ¿Responsabilidad penal del administrador de la matriz por los delitos cometidos desde la filial? 6.1 Cuestiones generales. 6.2 Trascendencia penal de la infracción de las obligaciones de debida diligencia ambiental.–VII. Conclusiones.–VIII. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

La fundamentación de la responsabilidad individual en el marco de la criminalidad empresarial es uno de los temas clásicos de la parte general del Derecho penal económico (2). El primer paso a estos efec-

(2) En la doctrina española, *vid.,* por todos, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 351-395, pp. 647-860.

tos es la valoración de la conducta como objetivamente típica. De ahí, el recurso a instrumentos dogmáticos como la teoría de la imputación objetiva (3). Con base en ella, como es sabido, se propone ir más allá de criterios puramente naturalísticos y recurrir a métodos axiológicos y teleológico-normativos que nos permitan realizar, en un primer nivel, un juicio de (des)valoración de una conducta a la luz de lo previsto en un tipo penal y, en un segundo nivel, establecer una relación de riesgo o de imputación entre esa conducta y el resultado lesivo acaecido (4). De este modo, para valorar si un comportamiento mantiene una relación de riesgo con el resultado delictivo, debe atenderse, entre otros aspectos, a qué es aquello que posibilita considerar normativamente relevante (o desaprobado) ese comportamiento en el caso concreto (5). O, dicho de otra manera, cuándo podemos afirmar que estamos ante un actuar peligroso para el bien jurídico protegido (6) o, en definitiva, ante una «conducta típica de intervención» (7).

Cuando dicho análisis tiene lugar en el marco de los delitos económicos-empresariales es de especial relevancia tener en cuenta que la valoración jurídico-penal se proyecta en contextos en los que preexiste un orden jurídico primario o incluso regulatorio que configura la realidad socioeconómica y, de ahí, las posiciones (y deberes) de los sujetos participantes (8). Es más, lo que se plantea en este trabajo es que

---

(3) Así, afirmando que la teoría normativa de la imputación objetiva afecta también a los delitos socioeconómicos, Feijoo Sánchez, B., «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret* 2/2009, p. 6.

(4) Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, p. 30 y ss., pp. 39-49, p. 61 y ss.; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., *La libertad del Derecho Penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 54. Ahora bien, como señala Mongillo, V. «Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo: il disastro di Viareggio», núm. 4, *Giurisprudenza Italiana*, 2022, (pp. 953-962), la evolución de la dogmática penal hacia criterios normativos puede ser útil «tanto para restringir el potencial expansivo de los "dogmas" naturalistas», como también «para construir equivalentes funcionales en clave amplificadora. El peligro que se corre en este último caso es el de flexibilizar las categorías hasta el punto de licuarlas», p. 954.

(5) En defensa de la imputación objetiva, señala Frisch, W., «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», en Frisch, W., y Robles Planas, R., *Desvalorar e imputar*, Atelier, Barcelona, 2004, que aunque casi toda conducta «puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien», ello no es suficiente «para desaprobar una conducta, pues de lo contrario las limitaciones de la libertad alcanzarían una magnitud tal en la que nadie está interesado», p. 41.

(6) Martínez Escamilla, *op. cit.,* p. 61 y ss., pp. 121-124.

(7) Robles Planas, R., «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret* 2/2012, p. 2.

(8) En este sentido, Feijoo Sánchez, *op. cit.,* p. 9, p. 32.

esta operación intelectual que pretende la «conexión de un resultado a una conducta» (9) peligrosa se complica cuando el contexto de referencia de tal análisis no es ya solamente una organización en la que se desarrollan diversas conductas (activas y omisivas) (10), sino que, además, se trata de una organización empresarial de naturaleza particularmente compleja tanto a nivel jurídico como, especialmente, a nivel organizativo. Este es el caso de los denominados grupos empresariales o grupos de sociedades.

Los criterios dogmáticos para la concreción de los comportamientos típicos y, tras ello, de los títulos individuales de intervención en casos de delincuencia empresarial, se han puesto a prueba en la estructura de una organización empresarial unicorporativa y no, en cambio, en una de naturaleza policorporativa que, además, puede ser multinacional (11). Es cierto que en ambas clases de organizaciones tendremos que lidiar con un escenario en el que la determinación de las competencias materiales requiere atender a la concurrencia de varios comportamientos que pueden suponer, cada uno de ellos, la infracción de diferentes deberes de cuidado o de diligencia (12). No obstante, en el marco de la criminalidad policor-

(9) Utilizando esta expresión, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *op. cit.,* p. 107.

(10) Ya refiriéndose a la complejidad de la organización empresarial y a las posibles consecuencias negativas si se asumen los criterios de imputación generalmente admitidos en materia de autoría y participación en este ámbito de delincuencia, PEÑARANDA RAMOS, E., «Autoría y participación en la empresa», en Serrano-Piedecasas, J. R., Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, 2008, pp. 161-162; EL MISMO, «Autoría y participación en la empresa», en Corcoy Bidasolo, M./Gómez Martín, V. (dirs.) y Valiente Ivañez, V. (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de* leading cases, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 235-237. También, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa», en DE LA MATA BARRANCO, N.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2024, pp. 117-118.

(11) Señalando esa menor toma en consideración por parte del Derecho penal económico del fenómeno de los grupos de empresas, pese a la existencia de grandes procedimientos por hechos delictivos cometidos a través de grupos, WITTIG, P., «Einleitung. Begriff und Bedeutung des Konzernstrafrechts», en MINKOFF, A., SAHAN, O., WITTIG, P., *Konzernstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, C. H. Beck, München, 2020, p. 1.

(12) De hecho, como ha señalado MARTÍNEZ ESCAMILLA, *op. cit.,* «la teoría de la imputación objetiva fue diseñada pensando fundamentalmente en los delitos imprudentes», p. 91, *vid.,* también pp. 121-122. Sobre el posible escenario de concurrencia de comportamientos contrarios a cuidado y analizándolo desde la perspectiva del injusto imprudente, GONZÁLEZ LILLO, D. «Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente», en Gómez Martín, V./Bolea Bardon, C./Gallego Soler, J. I./Hortal Ibarra, J. C./Joshi

porativa nos enfrentamos, además, a la existencia de diferentes centros de decisión vinculados formalmente incluso a distintas personas jurídicas, a una mayor dispersión de la información, a diferentes ámbitos de competencia no necesariamente confluyentes y, en muchas ocasiones, a actividades empresariales y cadenas de suministro deslocalizadas o globales (13).

La delegación de funciones es uno de los criterios materiales tradicionalmente utilizados en la delimitación típica de las esferas de organización en la empresa (14). Un «primer propósito» de este trabajo es analizar si la delegación tiene recorrido en la concreción típica de las conductas de ciertos sujetos que, de algún modo, crean un riesgo relacionado con la comisión delictiva de otros sujetos a partir de la actividad de un grupo de empresas. En aras de una mayor precisión, y atendiendo a las principales novedades legislativas europeas al respecto, esta cuestión se ceñirá a la delincuencia ambiental y a las denominadas obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad. Y es que, como es sabido, la toma en consideración de una adecuada gestión de los riesgos ambientales por parte de las empresas y, por ende, de los miembros que la gestionan, tiene un peso cada vez más relevante también por parte del legislador europeo. Esto, sin duda, nos remite a la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por

---

Jubert, U. (dirs.), Valiente Ivañez, V./Ramírez Martín, G. (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 630. De entre los supuestos que plantea el autor, en este trabajo podrían resultar de especial relevancia los casos de autorías paralelas que, entre otros aspectos, se caracterizarían porque «cada agente, mediante *su propio comportamiento*, se inserte en un proceso de causación en el que eventualmente se incluirá también el de otro sujeto, pero como un factor causal paralelo que no desplazará ni se adosará agencialmente al suyo», p. 632.

(13) A todas estas cuestiones más vinculadas con la gestión en las empresas policorporativas, se suman desde luego aquellas vinculadas con la deslocalización de la actividad económica y comercial del grupo, así como la dispersión del capital, en busca de la legislación más conveniente desde el plano de la fiscalidad, de la regulación en materia laboral o ambiental. Al respecto, refiriéndose a las prácticas de *forum* o *law shopping*, Mongillo, V., «Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie "prese sul serio"», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali,* 2021, núm. 170, 2, p. 181. También, centrándose especialmente en las cadenas de suministro globales de las empresas multinacionales, Vioque Galiana, L. M., *Diligencia debida en derechos humanos y responsabilidad penal de las empresas multinacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2026, pp. 48-62.

(14) Al respecto, *in extenso*, Montaner Fernández, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 84-119.

la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (en adelante, Directiva (UE) 2024/1760) (15). Según su Considerando 16, el objeto de esta Directiva es «garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la detección y, cuando sea necesario, priorización, prevención, mitigación, eliminación, minimización y reparación de los efectos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, las operaciones de sus filiales y sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas, así como garantizando que los afectados por el incumplimiento de este deber tengan acceso a la justicia y a vías de recurso». Como se analiza más adelante, este objeto se materializa en la imposición de una serie de obligaciones preventivas y reactivas de diligencia debida de ciertas empresas. Además, en lo que se refiere al medio ambiente, en el Anexo de la Directiva (UE) 2024/1760 se incorporan expresamente determinadas prohibiciones relativas a la evitación de ciertas afectaciones para el medio ambiente (16).

---

(15) Conviene señalar que, en aras de la simplificación de algunos de sus requisitos, esta Directiva ya ha sido modificada por la Directiva modificativa (UE) 2026/470 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de febrero de 2026, por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a determinados requisitos de presentación de información de las empresas en materia de sostenibilidad y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (en adelante, Directiva (UE) 2026/470), https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2026-80283.

(16) Así, por ejemplo, en la Parte I del Anexo dedicada a los «derechos y prohibiciones incluidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos», se incluye la «prohibición de causar cualquier degradación ambiental mensurable, como el cambio nocivo del suelo, la contaminación del agua o del aire, las emisiones nocivas, el consumo excesivo de agua, la degradación de la tierra o cualquier otro impacto en los recursos naturales, como la deforestación, que: a) menoscabe sustancialmente los fundamentos naturales para la conservación y la producción de alimentos; b) deniegue a una persona el acceso a agua potable segura y limpia; c) dificulte el acceso de una persona a las instalaciones sanitarias o las destruya; d) perjudique la salud, la seguridad o el uso normal de la tierra o los bienes adquiridos lícitamente; e) perjudique sustancialmente a los servicios ecosistémicos a través de los cuales un ecosistema contribuye directa o indirectamente al bienestar humano». Asimismo, y de manera más específica, la Parte II del Anexo se refiere a las «prohibiciones y obligaciones incluidas en los instrumentos medioambientales», haciéndose referencia, por ejemplo, tanto a las obligaciones de reducir los efectos adversos para la diversidad biológica, como a la prohibición de diversas conductas relacionadas con la fabricación, importación y exportación de productos con mercurio, o también a la prohibición de diversas conductas relacionadas con la gestión ilegal de residuos o con la contaminación a través de buques.

Aun con el logro que supone su aprobación, y a falta de su transposición (17), se suscitan muchas dudas acerca de sus posibles consecuencias jurídico-penales. Lo cierto es que esta Directiva no contiene un mandato de criminalización, sino, en todo caso, un mandato dirigido a la prevención de daños (18). Así, la infracción de las obligaciones de diligencia debida en ella recogidas puede comportar, además de sanciones administrativas, responsabilidad civil para las empresas obligadas (*vid*. arts. 27 y 29) (19). En consecuencia, solamente se refiere a la causación de efectos adversos (potenciales o reales) (20) y

(17) Según el artículo 37 de dicha Directiva, el plazo máximo de transposición era el día 26 de julio de 2026 que, como consecuencia de la Directiva modificativa (UE) 2026/470 se ha aplazado hasta el 26 de julio de 2028. En todo caso, la versión aprobada incluso en 2024 dista del texto más ambicioso de la propuesta (COM/2022/71 final) acordado en diciembre de 2023, lo que ha hecho que se la haya calificado como una Directiva «aguada» o «descafeinada», *vid.,* Dopico Gómez-Aller, J., «El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos: prohibición y criminalización», en Dopico Gómez-Aller, J./Muñoz de Morales Romero, M./Nieto Martín, A. (dirs.), Vioque Galiana (coord.), *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, BOE, Madrid, 2025, Vol. I, p. 145. También refiriéndose a la «gestación tortuosa y tormentosa» de la Directiva (UE) 2024/1760 pero subrayando la revolución jurídica que supone la juridificación internacional de los aspectos que en ella se regulan, Vivero Serrano, J. B., «La directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Perspectiva laboral», *Labos*, Vol. 6, núm. 3, pp. 50-52.

(18) En esta medida, y siendo algo que se escapa del alcance de este trabajo, la Directiva (UE) 2024/1760 también genera implicaciones desde el Derecho de daños. Al respecto, y sobre la evolución jurisprudencial sobre el *duty of care* de las sociedades matrices en el Reino Unido, Palombo, D., «Business, Human Rights and Climate Change: The Gradual Expansion of the Duty of Care», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 44, 4, Winter 2024, p. 891 y ss.

(19) Ahora bien, la Directiva modificativa (UE) 2026/470 también ha reducido las exigencias en materia de responsabilidad civil. En esta medida, y a diferencia de lo establecido en la versión original de la Directiva (UE) 2024/1760, en la nueva versión del artículo 29 se suprime el régimen armonizado de responsabilidad civil de la UE y la obligación de que los Estados miembros garanticen que las normas de responsabilidad civil sean de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable no sea el Derecho nacional del Estado miembro.

(20) En concreto, y en lo que aquí interesa, el artículo 3.1 b) de la Directiva (UE) 2024/17601 define el concepto de efecto adverso para el medio ambiente, como «las consecuencias adversas para el medio ambiente derivadas de la infracción de las prohibiciones y obligaciones que se enumeran en el anexo, parte I, sección 1, puntos 15 y 16, y parte II, de la presente Directiva, teniendo en cuenta la legislación nacional relacionada con las disposiciones de los instrumentos en él enumerados». Asimismo, en la letra l) del artículo 3.1 se define el efecto adverso grave, como «un efecto adverso que sea especialmente significativo por su naturaleza, como un efecto que conlleve daños a la vida, la salud o la libertad humanas, o por su magnitud, alcance o carácter irreparable, teniendo en cuenta su gravedad, incluido el número de personas que se vean o puedan verse afectadas, el grado en el que el medio

de daños como consecuencia de la infracción de esas obligaciones. Por tanto, aunque pudiera afirmarse que la infracción de estas obligaciones genera, promueve o favorece un contexto de riesgo para la producción de consecuencias adversas para el medio ambiente, parece que, a ojos del legislador europeo, no se trata de una situación de peligro que, por sí sola, sea suficientemente relevante como para legitimar la intervención del Derecho penal (21).

En todo caso, lo que sí se desprende a la luz del contenido de la Directiva (UE) 2024/1760 es que los deberes que formarían parte de una gestión o administración diligente de las empresas –o, cuando menos, de algunas de ellas– se amplían tanto en su contenido como en su alcance. Ello incide en la significancia del rol o posición jurídica del administrador que asuma el cumplimiento de esos deberes, pudiendo incluso plantearse una ampliación de su ámbito de responsabilidad penal (22). En tanto que el enfoque de este estudio se centra en el análisis de las posibles responsabilidades individuales, un «segundo propósito» es analizar si cabe atribuir responsabilidad penal al administrador (persona física) de la sociedad matriz del grupo que, en el marco de sus competencias de gestión general o social (o de «coordinación estratégica centralizada») (23), ha infringido las obligaciones de diligencia debida, por el delito ambiental que se comete a través del desarrollo de la actividad operativa de un miembro de alguna de las sociedades filiales del grupo.

Este interrogante no supondría una novedad con respecto a los supuestos habituales de delincuencia empresarial ambiental. Ahora bien, si ello se plantea respecto de una organización empresarial

---

ambiente pueda quedar dañado o afectado de otro modo, su irreversibilidad y los límites de la capacidad para devolver a las personas afectadas o al medio ambiente a una situación equivalente a la que tenían antes de que se produjera ese efecto en un plazo razonable».

(21) Un precedente legislativo europeo que se enmarca en la misma línea es la Ley francesa núm. 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes. Esta ley obliga a las empresas a prevenir los riesgos graves para los derechos humanos, las libertades fundamentales, la salud y seguridad de las personas, y el medio ambiente mediante planes de vigilancia anuales. Y estos planes deben abarcar tanto las operaciones directas de la matriz, como la de sus filiales y cualquier otra entidad con la que mantengan relaciones comerciales estables (vid. art. 1 que supone la inserción de un nuevo art. L. 225-204 del Código de Comercio).

(22) Feijoo Sánchez, *op. cit.,* pp. 35-36, ya a propósito de la ampliación del ámbito de tipicidad de la administración desleal como consecuencia de las exigencias con respecto a los deberes de transparencia y lealtad de los administradores en el marco del buen gobierno corporativo.

(23) Utilizando esta expresión, Vioque Galiana, *op. cit.,* p. 51.

estructurada como grupo que, además, es destinataria de las obligaciones de diligencia debida de la Directiva (UE) 2024/1760 y que, por añadidura, constatamos que el delito ambiental se ha cometido a partir de la actividad de una de las sociedades filiales de ese grupo, quizás sí que tienen cabida nuevas reflexiones. De hecho, si nos fijamos en el articulado de la Directiva (UE) 2024/1760 y, en especial, en aquellos preceptos en los que se describen las que se consideran las medidas adecuadas para la prevención de los efectos adversos potenciales (art. 10) y de los efectos adversos reales (art. 11) para los derechos humanos y el medio ambiente, ya se especifica que su concreta determinación deberá tener en cuenta si los referidos efectos podrían causarse únicamente por la empresa; conjuntamente por la empresa y una filial (apdo. a) artículos 10.1. y 11.1); o si podrían producirse en las operaciones de la filial (apdo. b) artículos 10.1 y 11.1). Esta última es, precisamente, la situación que aquí es objeto de especial interés, vinculando esos efectos adversos con la actividad operativa de las filiales. Asimismo, lo relevante de estos escenarios recogidos en la propia Directiva (UE) 2024/1760 es que, en función de cuál sea la situación, se graduará la exigencia de las medidas de cuidado que la empresa –y, de ahí, sus administradores– tiene que adoptar para cumplir con sus obligaciones de diligencia debida.

Por último, conviene señalar que, si bien la toma en consideración del administrador de la sociedad como uno de los potenciales responsables de la comisión delictiva empresarial es algo habitual por parte de la doctrina y de la jurisprudencia penal española –incluso en supuestos de delitos económicos comunes como es el caso del delito ambiental– (24), ello no quiere decir que aquí se adopte exclusivamente un enfoque *top-down*. De hecho, los delitos que se cometen a través de estructuras organizativas complejas no suelen explicarse por la actuación de una o pocas personas, incluso aunque estas se ubiquen en las posiciones de la alta dirección (25). Ahora bien, en tanto que el enfoque metodológico para este trabajo se centra en las obligaciones de diligencia debida que, en representación de la empresa, asumen las personas que forman parte de los órganos de gobierno, se estima pertinente centrarse en la posición de los administradores.

---

(24) *Vid*., por ejemplo, SSTS de 2-11-04 RJ 7220, EDJ 159728; TS 8-11-04 RJ 7711, EDJ 174145; TS 9-7-15, EDJ 129551; TS 13-10-15, EDJ 188252; TS 26-04-2023, EDJ 559072; TS 29-05-2023, EDJ 590136.

(25) Cuestión distinta es que se decida concentrar la atención en el error humano de determinadas personas para, de ese modo, evitar las consecuencias legales y minimizar los costes y el daño reputacional de la propia organización en tanto persona jurídica, *vid.,* CATINO, M., *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni,* Il Mulino, Bologna, 2022, p. 145.

II. LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS AMBIENTALES

Si desde el Derecho penal económico se aspira también a aportar soluciones aplicables es imprescindible prestar atención a las peculiaridades del contexto organizativo empresarial que envuelve la realización delictiva. Por ello, y en el caso de la producción de un delito de empresa, como puede ser el caso de un delito ambiental, es conveniente atender a las condiciones, a los mecanismos y a los distintos niveles en la gestión de los riesgos existentes en el grupo empresarial, así como a sus sujetos materialmente competentes. En otras palabras, para la imputación de responsabilidad penal individual también es necesaria una aproximación a las características del que sea el sistema organizativo empresarial que rodea la comisión delictiva (26). A mi modo de ver, precisamente, los programas de *compliance* responden a esta lógica sistemática (27). A través de estos sistemas, fomentados más o menos por las propias regulaciones jurídicas, se produce un fenómeno como es el de la conversión de las personas jurídicas en gestoras de la prevención de los delitos que se puedan cometer en el marco de la organización de la que son titulares (28). Esta función de gestión de riesgos se materializa con la implantación eficaz de los sistemas de cumplimiento en la organización y, de ahí, con la asunción por parte de sus miembros (determinadas personas físicas) de funciones de *compliance*.

Precisamente, y según el contexto normativo actual, forma parte de la revisión, corrección y actualización de los sistemas de gestión de riesgos la incorporación de las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones de diligencia debida, también las de naturaleza ambiental. Aunque más adelante se aborda esta cuestión, el artículo 7 de la Directiva (UE) 2024/1760 se refiere a la «integración de la diligencia debida en las políticas y sistemas de gestión de riesgos de la empresa» (29). Hasta el momento, se ha entendido que con el cumplimiento de estas condiciones intrincadas en el sistema de gestión tam-

(26) En este sentido, Catino, *op. cit.,* pp. 212-213.

(27) De hecho, en la práctica, una de las formas de referirse a ellos es utilizando la expresión de «sistemas de gestión» de riesgo. Esta es la terminología que adoptan buena parte de las normas técnicas en materia de *compliance* o gestión de riesgos. Así, por ejemplo, la ISO 37301:2021 sobre sistemas de gestión de *compliance*; la ISO 37001:2025 sobre sistemas de gestión antisoborno; o la ISO 14001:2015 sobre sistemas de gestión ambiental.

(28) *Vid.,* Silva Sánchez, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Barcelona, 2022, p. 166.

(29) Esto, a mi juicio, apunta hacia la ampliación del ámbito de competencia de los titulares de esa gestión, esto es, los administradores.

bién se puede prevenir, conforme a un enfoque basado en el riesgo, la comisión de incumplimientos delictivos por parte de los miembros de la organización. En otras palabras, con el cumplimiento de las medidas de *compliance* se evita que la organización empresarial sea un estado de cosas dañoso o peligroso para terceros (30). Ahora bien, también debe señalarse que, aunque el *compliance* sea un sistema de gestión que pretende trascender a todos los miembros de la organización empresarial, no puede afirmarse ni que todos sean los principales competentes de la gestión del riesgo ni que, aun siendo competentes de gestionar determinados riesgos, la infracción de esas competencias pueda ser la fuente de su responsabilidad por (la no evitación de) un resultado delictivo. Ni siquiera aunque este riesgo se materialice en la comisión de un delito ambiental que, como es el caso del artículo 325 CP, presenta un tenor literal muy amplio.

La inclusión de pautas de gestión ambiental en las empresas es algo que lleva fomentándose por parte de la regulación técnica desde mucho antes de la incorporación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando menos en lo que respecta al ordenamiento penal español (31). Ahora bien, más allá de aquellos supuestos de empresas con actividades inherentemente contaminantes y, por ello, sujetas también a una fuerte heterorregulación y autorregulación normativa en materia ambiental, la toma en consideración holística de la gestión ambiental y de la sostenibilidad es una novedad, si bien en expansión, para muchas empresas españolas. Desde luego, ello no excluye que haya empresas que, sobre la base de los que sean sus valores y principios de actuación (32), hayan incorporado en sus programas de *compliance* también la gestión adecuada de los riesgos ambientales. Sin embargo, hasta el momento, la prevención de los riesgos (penales) ambientales ha sido una cuestión más de naturaleza operativa –y, por tanto, en manos de sujetos con competencias de ges-

(30) *Vid.,* Dopico Gómez-Aller, 2025, *op. cit.,* pp. 153-154, entendiendo que las obligaciones de diligencia debida tienen la consideración de deberes negativos. De otra opinión, considerando que se trata de deberes positivos especiales, Carlos de Oliveira, A. C., «La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio», *La Ley Compliance Penal*, núm. 12, 2023, p. 7, pp. 15-18.

(31) Así, y siendo una de las normas técnicas más relevantes en este ámbito, la primera versión de la ISO 14001 sobre sistemas de gestión ambiental data del año 1996, siendo posteriormente modificada en 2004 y en 2015.

(32) Mostrándose optimista con esta idea de la orientación empresarial, también, con base en valores, Müller, K. P., «Zwischen Wettbewerb und Ethik-Die Deutsche Corporate Governance», en Jahn, M.; Kempf, E.; Prittwitz, C., y Schmitt-Leonardy, CH., *Wirtschaft - Moral- Strafrecht. Gedächtnisschrift für Klaus Lüderssen seines 90. Geburtstages,* De Gruyter, Berlin-Boston, 2022, pp. 97-98.

tión de naturaleza sectorial–, que no algo de lo que se hayan preocupado en primera línea aquellos sujetos con competencias en el ámbito de gestión general o social de la empresa (33).

Esta perspectiva sectorializada de la gestión ambiental está cambiando abiertamente a raíz de las denominadas estrategias y prácticas ESG (por sus siglas en inglés, *Environmental, Social and Governance*) (34) y del principio de doble materialidad sobre la información en materia de sostenibilidad (35), que apuntan hacia un nuevo enfoque de las prioridades en la gobernanza o buen gobierno corporativo (36). En este sentido, cobra relevancia también el con-

(33) Aun así, autores como LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2024, *op. cit.,* vienen señalando que los riesgos para el medio ambiente son «expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro», siendo algo muy relevante desde la posible fundamentación de una posición de garantía del empresario, p. 127, p. 147.

(34) Algo que, además, ya está siendo juridificado, cuando menos en el marco de las nuevas obligaciones de transparencia de las empresas: *vid.,* Reglamento Delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión, de 31 de julio de 2023, por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad (NEIS).

(35) Al respecto, BRAVO URQUIZA, F.; ABAD NAVARRO, M.ª C., y REGUERA ALVARADO, N., «Doble materialidad y credibilidad de la información sobre sostenibilidad: cuestiones clave y retos actuales», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 488, 2023, señalando que, sobre la base de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2022/2464 –o Directiva CSRD–, relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, el principio de doble materialidad (de «dentro hacia fuera» y de «fuera hacia dentro») se refiere a la necesidad de que en sus informes de gestión no financiera las empresas incluyan la información necesaria tanto para explicar «el impacto de las operaciones de la empresa sobre las cuestiones de sostenibilidad –medioambientales, sociales y de personal– (la llamada "materialidad de impacto") y, al mismo tiempo, información para comprender cómo las cuestiones de sostenibilidad afectan a la evolución, los resultados y la situación de la empresa (la llamada "materialidad financiera")», pp. 168-169; también sobre ello, VIOQUE GALIANA, *op. cit.,* pp. 220-227, señalando que la gestión de los procesos de doble materialidad es competencia de los órganos de dirección de las empresas, *vid.,* p. 222.

(36) Algo que, desde luego, se acompasa con el cada vez mayor interés de los inversores en la toma en consideración de los factores relacionados con la información no financiera de las empresas como uno de los criterios para canalizar el capital, *vid.,* CICCHIELLO, A. F.; MARAZZA, F., y PERDICHIZZI, S., «Non-financial disclosure regulation and environmental, social, and governance (ESG) performance: The case of EU and US firms», *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, Núm. 30, 2023, p. 112; SIERDOVSKI, M., PILATTI, L. A., RUBBO, P. (2022): «Organizational competencies in the Development of Environmental, Social, and Governance (ESG) Criteria in the Industrial Sector», *Sustainability*, núm. 14, 13463, p. 2. De ahí, aparece el concepto de «finanzas sostenibles» (o de finanzas sociales, inversión ética y sostenible, inversión socialmente responsable o inversión responsable y sostenible) que, contraponiéndose al concepto clá-

cepto de sostenibilidad corporativa, enfocado a la generación de valor económico, social y ambiental de forma integrada. Para ello, se hace necesario transformar los sistemas organizativos e impulsar un diálogo constante con los que sean los *stakeholders* de la empresa (37).

Una cuestión aquí relevante sobre el proceso de cambio hacia la gobernanza ambiental es que la gestión de los impactos sobre las personas y el medio ambiente también pasa a formar parte del ámbito de decisión propio de los administradores, en tanto competentes de la gestión general de la empresa. Así, por ejemplo, entre las que constituyen las funciones propias de la gestión general, como es el caso de las decisiones sobre las inversiones que lleve a cabo la empresa, se deben tener en cuenta también los impactos ambientales asociados a esas inversiones. En esta medida, aunque no es un ámbito de autonomía asignado en exclusiva a su esfera de organización, la gestión de los riesgos ambientales de la actividad empresarial también forma parte del contenido de los deberes de diligencia de los administradores (38). Sin duda, en esta tendencia se enmarca

---

sico de finanzas que busca la creación de valor para los accionistas y partiendo de una aproximación ética-virtuosa que atiende a las consecuencias ambientales y sociales, tendría como uno de sus objetivos lograr la justicia intergeneracional, preocupándose por las generaciones presentes y futuras al mismo tiempo. Precisamente, la inversión en empresas sostenibles sería una de las formas de lograr este objetivo. Al respecto, Drempetic, S., Klein, CH., Zwergel, B. (2020): «The Influence of Firm Size on the ESG Score: Corporate Sustainability Ratings Under Review», *Journal of Business Ethics*, núm. 167, pp. 333-334, p. 336. También, en la doctrina española se apunta a la necesidad de añadir una sigla más al ESG. En concreto, la incorporación de la tecnología y la digitalización entre los riesgos empresariales nos llevaría a referirnos a los ESG-T, *vid.,* Bacigalupo Sagesse, S., «El cambio de paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal», en Gómez Martín, V./Bolea Bardon, C./Gallego Soler, J. I./Hortal Ibarra, J. C./Joshi Jubert, U. (dirs.), Valiente Ivañez, V./Ramírez Martín, G. (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 428.

(37) Al respecto, Vioque Galiana, *op. cit.,* pp. 415-438. En esta línea, también el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de la CNMV (revisado en junio de 2020), recomienda que, con base en «la relevancia de las cuestiones relativas a sostenibilidad y a aspectos sociales, medioambientales o de gobierno corporativo», se identifiquen y atribuyan «funciones específicas en esta materia a una comisión especializada», p. 45. Es más, en la recomendación 52 de este Código de buen gobierno se especifican los criterios que deberían seguirse para conformar estas comisiones específicas (https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf).

(38) Ahora bien, la gestión de estos riesgos también está descentralizada en otros sujetos del grupo. Desde la dogmática de la omisión, podría decirse que,

la Directiva (UE) 2024/1760. Cuestión distinta es cuál es el alcance de esos deberes y si de su incumplimiento puede derivarse un título de imputación penal.

III. SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS ORGANIZATIVAS DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

Desde una perspectiva legal, la existencia de grupos o empresas policorporativas plantea una serie de problemáticas. Según la doctrina mercantilista, esta figura, que carece de personalidad jurídica, supone una alteración fundamental en lo que sería la correspondencia estricta entre empresa y sociedad (39). En este sentido, y pese a su funcionalidad en el marco de la economía globalizada (40), se ha señalado que los grupos se han convertido en un «proyectil explosivo para el clásico derecho de sociedades», erigiéndose como una de sus principales áreas de preocupación el régimen de responsabilidad en las relaciones entre sociedades matrices y filiales (41). En concreto, y como corolario de la personalidad jurídica propia de cada entidad del grupo, el principio de responsabilidad limitada de los accionistas ha sido algo cuya aplicación, si bien no se planteó para ello en su origen, también se ha extendido al ámbito de los grupos de sociedades. En consecuencia, cada sociedad del grupo jurídicamente independiente no puede ser considerada responsable de las deudas de otras sociedades del grupo (42). Más allá de la relevancia de estas cuestiones en el marco

---

siguiendo a Dopico Gómez-Aller, J., *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 740 y ss., pp. 776-778, no estaríamos en el marco de deberes de aseguramiento respecto de un área en el que el sujeto –en este caso, el administrador de la matriz– tiene soberanía. De este modo, y en caso de plantearnos su responsabilidad por omisión y, en concreto, bajo la estructura de la injerencia, parece que tendrá que discutirse si, más bien, el administrador tiene deberes de salvamento. También sobre esta distinción entre deberes de aseguramiento y de salvamento, Silva Sánchez, J. M, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, 11/70, 15/76.

(39) Embid Irujo, J. M., «¿Qué hacer desde el derecho con los grupos de sociedades», *Diario La Ley*, núm. 10587, Secc. Tribuna, 2024, p. 3.

(40) Vioque Galiana, *op. cit.,* p. 62.

(41) Antunes, J. E., «The liability of polycorporate enterprises», *Connecticut Journal of International Law*, núm. 13(2), p. 207.

(42) Al respecto, Tiruneh, W., «From common law duty of care to statutory mandatory human rights due diligence: the continuing challenge of holding parent companies liable for human rights abuses committed by subsidiary companies», *Human Rights Law Review*, 2025, 25, pp. 3-4, señala que, precisamente, si bien, por un lado, esta responsabilidad limitada «anima a las empresas a ampliar sus operacio-

de la propia responsabilidad de las personas jurídicas del grupo, lo que aquí es objeto de interés son las posibles estructuras de responsabilidad en relación con las personas físicas. De ahí que, principalmente, se quiera prestar atención a aquellos aspectos que inciden en la gestión de las actividades.

Cuando se hace referencia a un grupo se alude a una organización empresarial compleja en la que, bajo un mismo fin o unidad empresarial (interés de grupo), existen diversas sociedades afiliadas que son legalmente independientes (pluralismo jurídico) (43), y en la que la coordinación global se obtiene mediante la sujeción de aquéllas a una estrategia económica común (control) y cuya gestión se ejerce por parte de una sede central (dirección única), esto es, la sociedad matriz (44). Si bien no existe una regulación jurídica específica de los grupos, las aproximaciones legislativas a la materia han prestado especial atención a la idea del control interempresarial, desarrollándose diversos mecanismos a tal efecto (45). Así, por ejemplo, el artículo 42.1 CCom establece que existirá un grupo «cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras». Con ello, lo determinante desde esta perspectiva es la concreción de ese control por parte de una sociedad respecto de otras o, correlativamente, la clase de dependencia de las sociedades controladas. Al respecto, el CCom se ocupa de especificar las situaciones en

---

nes, al protegerlas de la responsabilidad de las filiales que crean», por otro lado, también «restringe la capacidad de las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por filiales para reclamar y obtener reparación de sus empresas matrices», p. 4. Y, precisamente, señala el autor, en los ordenamientos jurídicos de derecho anglosajón, las víctimas interponen demandas basadas en el incumplimiento de las empresas matrices de sus deberes de diligencia para impedir los abusos cometidos por sus filiales, *vid.,* p. 7.

(43) Embid Irujo, *op. cit.,* p. 3.

(44) Antunes, *op. cit.,* p. 203, pp. 207-208; Aberle, L., Holle, P. M., «Aufsichtspflichten im Unternehmensverbund», en Eisele, J./Koch, J./Theile, H. (eds.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 117-118; Englisch, N., Basener, N., «§ 2 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen», en Minkoff, A.; Sahan, O., y Wittig, P., *Konzernstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, München*, c. H. Beck, 2020, p. 7; Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, p. 10.

(45) En este sentido, señala Antunes, *op. cit.,* que, entre los mecanismos legales de control interempresarial se incluyen «aquellos de naturaleza financiera (como es el caso de la participación accionarial o la concentración de los derechos de voto), de naturaleza contractual (ya sea mediante el uso de acuerdos contractuales específicos entre empresas o de contratos comerciales comunes), de naturaleza personal (cargos de administradores interdependientes o *interlocking directorships*), o de naturaleza organizativa (esto es, los establecidos mediante los estatutos sociales)», pp. 205-206.

las que cabe presumir este control. A saber: (i) cuando la sociedad dominante posea la mayoría de los derechos de voto de la filial; (ii) cuando la sociedad dominante tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad filial; (iii) cuando la dominante pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad filial (46); y, por último, (iv) cuando la sociedad matriz haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la filial, y que estos desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores (47).

A la luz de la regulación mercantil, estos diferentes escenarios de ejercicio del control por parte de la sociedad matriz apuntan tanto hacia supuestos de control accionarial como hacia casos de control mediato respecto de la gestión general de la sociedad filial (48). Este último aspecto, más vinculado con la noción de lo que se denomina dirección única es, a mi entender, el más interesante para el Derecho penal. En efecto, más allá de la relevancia de estos escenarios desde lo que sería la dimensión legal o formal de los grupos, lo penalmente destacable es su dimensión empresarial u organizativa. Esto nos lleva a la cuestión del interés del grupo (49) y a las funciones que, para su garantía, suele asumir la sociedad matriz.

En este sentido, lo que se considera como el «pegamento» del grupo es la actividad de dirección y coordinación o, en otras palabras, la dirección unitaria por parte de la sociedad matriz que, por lo general, se ejercerá a través de su órgano de administración (50). Con ello,

---

(46) En esta situación, el control de una sociedad sobre otras derivaría de la especial posibilidad de influencia como consecuencia de la celebración de este acuerdo. Este es el supuesto en el que se podría hablar de un grupo contractual, Englisch, Basener, *op. cit.,* p. 10.

(47) En concreto, el artículo 42.1 CCom especifica que esta última situación se presumirá «cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado».

(48) De hecho, señalan Englisch, Basener, *op. cit.,* 2020, p. 10, que este control mediato también puede surgir en el caso de un accionista minoritario y también puede establecerse mediante directores generales o miembros del órgano de administración idénticos en las diferentes sociedades.

(49) Embid Irujo, *op. cit.,* pp. 4-5.

(50) Scaroina, *op. cit.,* p. 27; Blanco Cordero, I., «Responsabilidad penal del administrador de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el ámbito de las filiales», *Derecho & Sociedad*, núm. 64, 2025, p. 3.

se hace referencia a la necesidad de salvaguardar el interés del grupo. Teniendo en cuenta que este interés coexiste con los de cada una de las filiales, estas funciones de centralización de la dirección unitaria son fundamentales para el mantenimiento de cierta unidad empresarial. Conviene señalar que, si bien las relaciones de dependencia pueden existir fuera del ámbito de los grupos de sociedades –como es el caso, p. ej., de la dependencia respecto de un proveedor– y ser necesario recurrir a criterios económicos o fácticos para su explicación, se entiende que el origen de su discusión en el marco de los grupos no puede desvincularse de lo establecido en el Derecho societario (51). Es cierto, no obstante, que, sobre la base de estructuras de complejidad similar, y aun sin un reconocimiento mercantil, la problemática de la delimitación de las responsabilidades individuales se puede plantear también en el marco de los denominados grupos de *facto* (52). Sea como fuere, si de lo que se trata es de reflexionar acerca de la posible responsabilidad penal del administrador de la sociedad matriz (que incumple sus obligaciones de diligencia debida) por el delito ecológico cometido a través de miembros de una filial, se hace necesario delimitar los aspectos generales de esa dirección unitaria o estratégica que asume en nombre de la sociedad (53).

Partiendo de la ausencia de una regulación jurídica al respecto (54), hay que tener en cuenta que la organización de la actividad empresarial a través de un grupo puede responder a una «extrema variedad fenoménica» que se explica no solamente por las peculiaridades de las diferentes formas societarias o jurídicas de las sociedades que lo conforman, sino también por el amplio margen

(51) En esta misma línea, Englisch, Basener, *op. cit.,* p. 14.

(52) Precisamente, con ello se alude a aquellos supuestos de agrupaciones de empresas que, pese a que la administración de cada una de ellas pueda estar en manos de un mismo sujeto, no cuentan con un reconocimiento jurídico mercantil como grupo societario. Este es el caso del autodenominado por los propios sujetos condenados grupo empresarial NUEVA RUMASA al que, según la SAN, Secc. 2, de 29 de mayo de 2025 (ECLI: ES: AN:2025:2447), también podría calificarse como «grupo invertebrado».

(53) Como señala Blanco Cordero, *op. cit.,* el mayor desafío está en «entender y concretar el concepto de dirección unitaria» pues, a diferencia de la constatación del control, «la dirección unitaria implica una función más compleja y dinámica: la organización y dirección empresarial conforme a un plan estratégico», pp. 3-4.

(54) En este sentido, y frente a lo que considera un fracaso de la regulación jurídica, Embid Irujo, *op. cit.,* apunta a las posibilidades de regulación por parte del Derecho blando, señalando que algunos de sus fórmulas normativas «podrían servir no sólo como complemento del Derecho firme, sino como medio de "ensayo y error" en esta compleja tarea reguladora», p. 7.

de heterogeneidad organizativa que lo envuelve (55). Y ello, desde luego, aumenta si atendemos a la distinción entre grupos nacionales y grupos transnacionales o multinacionales. Asimismo, esta diversidad de los grupos incide en el grado de dificultad de la tarea de identificación de, más allá de las posiciones orgánicas, las competencias materiales de sus diferentes miembros, incluso de aquellos que ocupan los órganos sociales que tienen que velar por el interés propio del grupo.

En términos generales, la doctrina está de acuerdo en que existen ciertas competencias que debe ejercer el órgano de administración de la sociedad matriz para poder afirmar que estamos en presencia de un grupo. En concreto, formarían parte del núcleo mínimo de la dirección unitaria del grupo: (i) la determinación de los objetivos generales del grupo y las estrategias; (ii) el establecimiento de la estructura organizativa general del grupo; (iii) la elaboración de los planes industriales, financieros y estratégicos del grupo; (iv) la gestión de los recursos financieros del grupo; (v) la supervisión de la consecución, por parte de las sociedades filiales, de los objetivos prefijados, así como, más en general, la verificación de su rendimiento (56). Ahora bien, también se admite que la intromisión de los administradores de la matriz en la gestión de las filiales puede ampliarse, llegando incluso a que los administradores de la matriz se inmiscuyan en las cuestiones cotidianas de gestión de la filial (57). O, en otras palabras, que sus competencias no se limiten a funciones de gestión estratégica, sino también de gestión operativa.

A partir de aquí, son varias las formas de llevar a cabo esta intromisión en la gestión de las filiales. En primer lugar, y como ya se ha mencionado, una sería a través de su capacidad de control accionarial de las filiales (*holding* jerárquico), de modo que desde la matriz se designara y/o se destituyera a los miembros que componen los órga-

(55) En este sentido, VENTURI, F., «La Responsabilità Penale e Amministrativa da Reato nei Gruppi di Societa: Gli Incerti Sentieri di Imputazione dei Vertici dell'Impresa di Gruppo tra Agnosticismo, Crisi e Riforma del Diritto Penale (Post) Moderno», *Bocconi Legal Papers*, Núm. 14, 2020, p. 356, p. 358.

(56) VENTURI, *op. cit.,* p. 361. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Capítulo 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), Montaner Fernández, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 16.

(57) VENTURI, *op. cit.,* p. 361. Esto podría ser contraproducente con la necesidad de mantener un equilibrio entre el ejercicio de una vigilancia adecuada de las filiales y el respeto de las responsabilidades jurídicas y de gobierno corporativo de aquéllas, *vid.,* GÓMEZ MARTÍN, V., «Delegación de competencias y compliance penal: un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico», *Derecho PUCP*, núm. 85, 2020, p. 129.

nos de administración de las filiales. Precisamente, esta fórmula, en su máxima expresión, no solamente supondría el control de la matriz respecto de las decisiones estratégicas del grupo, sino que también podría existir ese control respecto de las decisiones operativas de las filiales (58). Asimismo, y en estrecha relación con esta primera fórmula, puede ser que se repliquen los mismos miembros del órgano de administración en todas las filiales, estando todos ellos controlados por la matriz. La existencia de los denominados *interlocking directors* (o directivos interdependientes) presentes en los consejos de administración de diversas filiales también puede ser una forma de incidir en su gestión (59). Con ello, y aunque formalmente no conste como administrador ninguna persona que, a su vez, ocupe un cargo similar en la sociedad matriz, también se suele hacer referencia a la idea de la administración de hecho por parte de la alta dirección de la sociedad matriz. Aun así, señala con razón *Scaroina*, que la consideración de un miembro de la alta dirección de la *holding* como administrador de una filial solamente tiene sentido si existe un ejercicio «real, continuado y significativo de las facultades de dirección, quedando proscrita cualquier presunción basada únicamente en la mera existencia del grupo y en el reconocimiento de un interés común (genérico) de las sociedades que lo componen» (60). Por tanto, la mencionada autora entiende que no se puede recurrir de manera indiscriminada al argumento de la administración de hecho de la sociedad matriz para, de ahí, enfocar la responsabilidad penal hacia los miembros de aquella (61). En esta medida, y si bien debería atenderse a las concretas funciones de control que el administrador de la matriz hubiese asumido, no admite la existencia de un dominio material generalizado de la matriz respecto de la filial que presuponga el reconocimiento de una posición de garantía de aquélla respecto de la prevención de los delitos que se puedan cometer en la filial (62). En este sentido, se hace necesario tener en cuenta que también en los grupos de empresas, además de una disociación entre la propiedad y la gestión, puede existir una mar-

(58) Al respecto, Vioque Galiana, *op. cit.,* pp. 64-65.

(59) Según indica Scaroina, *op. cit.,* «el *interlocking* director, además de representar un peligro constante de potencial conflicto de intereses para las sociedades en las que opera, sobre todo si pertenecen al mismo grupo, constituye un instrumento incisivo –y a veces encubierto– de influencia en las decisiones de la filial», pp. 276-277.

(60) Scaroina, *op. cit.,* p. 240.

(61) Scaroina, *op. cit.,* pp. 232-237; Pelissero, M.; Scaroina, E., Napoleoni, V., «Capitolo I. Principi Generali», Lattanzi, G., y Severino, P., *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I., Torino, 2020, p. 89.

(62) Scaroina, *op, cit.,* pp. 248-249.

cada separación entre las esferas de toma de decisiones estratégicas y las operativas (63). Aquí podría encajar la fórmula de los *holdings* en red, en los que, sobre la base de una mayor descentralización y autonomía de las filiales, la empresa matriz actúa como coordinadora o facilitadora del interés del grupo (64).

Así las cosas, parece que la concreción del funcionamiento de esta dimensión organizativa o empresarial de los grupos es algo que está sujeto, principalmente, a la que sea la propia autoorganización del grupo. Ello dificulta un diagnóstico generalizable respecto a la delimitación de los ámbitos de responsabilidad. Sobre la base de las tendencias europeas, el presente trabajo se ceñirá a analizar si la diligencia debida ambiental forma parte, cuando menos, de estas competencias necesarias para garantizar el interés propio del grupo y si de su incumplimiento pueden derivarse consecuencias penales.

IV. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA AMBIENTAL EN LOS GRUPOS

4.1 **El contexto regulatorio previo a la Directiva (UE) 2024/1760**

Aunque el objeto de atención son las peculiaridades de la diligencia debida ambiental, el marco previo y originario de esta diligencia sectorializada es el referido a la diligencia debida en materia de derechos humanos. Sobre ello, además de en los Principios Rectores de Naciones Unidas publicados en el año 2011 (65), este concepto se aborda de manera específica, incorporando una dimensión más amplia del propio concepto de derechos humanos, en las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable (en adelante, Líneas Directrices OCDE). Éstas, aun siendo un instrumento internacional de naturaleza regulatoria y no jurídicamente vinculante, han tenido mucha incidencia, entre otras, en el contenido definitivo de la Directiva (UE) 2024/1760 (66). Por ello, creo conveniente referirme brevemente a algunos aspectos del contenido de dichas Líneas Directrices OCDE.

(63) Scaroina, *op. cit.,* p. 238.

(64) Al respecto, Vioque Galiana, *op. cit.,* pp. 64-65.

(65) https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

(66) OECD (2023), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/7abea681-es.

Desde una perspectiva conceptual, las Líneas Directrices OCDE indican que la debida diligencia es «el proceso a través del cual las empresas pueden identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas por sus impactos negativos reales y potenciales como parte integral de la toma de decisiones comerciales y los sistemas de gestión de riesgos» (*vid*. Comentario 15 al Cap. II: Principios generales). De esta definición se desprende algo tan relevante como es que la diligencia debida es un proceso que comprende todos los aspectos («integral»), tanto en relación con la toma de decisiones comerciales como respecto de los sistemas de gestión de riesgos de las empresas. A partir de aquí, y en relación con la diligencia debida en materia de derechos humanos, se especifica que se trata de un proceso que «implica evaluar los impactos reales y potenciales sobre los derechos humanos, integrar y actuar sobre los hallazgos, rastrear las respuestas e informar sobre cómo se abordan los impactos» (67). Seguidamente, y de especial relevancia para las empresas que ya tengan implantado un sistema de gestión de riesgos o de *compliance*, se indica que la debida diligencia en materia de derechos humanos «puede incluirse dentro de sistemas más amplios de gestión de riesgos de la empresa, siempre que vaya más allá de la simple identificación y gestión de riesgos relevantes para la propia empresa e incluya los riesgos para los titulares de derechos» (*vid*. Comentario 50 al Cap. IV: Derechos humanos) (68).

De este modo, una diferencia fundamental entre la simple diligencia debida empresarial y la diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos es que esta última también se centra en detectar y gestionar los riesgos que la empresa puede conllevar a terceros –tanto trabajadores, como ciudadanos y terceras partes interesadas– y, en su caso, ofrecer mecanismos de reparación, mientras que la primera solamente se enfoca en los riesgos para la propia empresa (69).

---

(67) Esto, desde luego, constituye el antecedente de lo que posteriormente se establece en la Directiva (UE) 2024/1760 como las seis etapas del proceso de diligencia debida (vid. Considerando 20 y art. 5).

(68) En este sentido, y como ya he apuntado en otro lugar, en el marco del sistema de gestión de riesgos de una empresa no es conveniente una separación tajante entre lo que serían las medidas de *compliance* y las medidas de *compliance* que específicamente se enfocan a la prevención de la violación de los derechos humanos, *vid.,* Montaner Fernández, R., «La posible responsabilidad penal de las certificadoras y auditoras por violaciones de derechos humanos», en Dopico Gómez-Aller, J./Muñoz de Morales, M./Nieto Martín, A., (dirs.), Vioque Galiana, L. M. (coord.), *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, BOE, Madrid, 2025, Vol. I, p. 241.

(69) Así, Nolan, J., y Frischling, N., «Chapter 6. Human rights due diligence and the (over) reliance on social auditing in supply chains», Deva, S./Birchall,

Sobre la base de esta extensión del alcance de la diligencia debida, la OCDE se refiere a la «conducta empresarial responsable» (CER). Precisamente, la diligencia debida ambiental encaja también en esta perspectiva CER, pues con ella se pone de manifiesto la necesaria toma en consideración de los efectos de la actividad empresarial para terceros. En concreto, a la diligencia debida y a la gestión ambiental, las Líneas Directrices OCDE dedican el Cap. V. En este sentido, resulta de especial relevancia el contenido del Comentario 67 a este Capítulo, pues además de ponerse de relieve que la gestión ambiental debe formar parte de las actividades de diligencia debida y que es una parte importante del desarrollo sostenible, se indica expresamente que los gerentes de las empresas multinacionales «deberían prestar la debida atención a las cuestiones ambientales dentro de sus estrategias comerciales. La mejora del desempeño ambiental requiere de un compromiso hacia un enfoque sistemático y una mejora continua del sistema». Por lo tanto, también respecto de la diligencia debida ambiental se pone el acento en el liderazgo de los sujetos que desempeñan la gerencia o dirección de la empresa.

Además de estos importantes antecedentes del denominado *soft law* internacional, la aprobación de la Directiva (UE) 2024/1760 supone un hito muy relevante hacia la juridificación de la diligencia debida empresarial en los ordenamientos europeos (70). Con ello, ya no se trata de moverse en la lógica del *soft law* y de la responsabilidad social corporativa sujeta a la propia autovinculación de las empresas, sino de dar un salto hacia la lógica de las obligaciones jurídicas sujetas a sanciones en caso de incumplimiento (71).

Con todo, y como se ha indicado y seguidamente se desarrolla, los sujetos destinatarios de las obligaciones de diligencia debida son cier-

---

D. (dirs.), *Research Handbook on Human Rights and Business* (Elgar), 2020, p. 109. En un sentido similar, PÉREZ CEPEDA, A. I., «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos», *Revista Penal,* 2019, núm. 44, pp. 131-133; NIETO MARTÍN, A., «No mires arriba: las respuestas del Derecho penal a la crisis climática», en Dopico Gómez-Aller, J., Nieto Martín, A., Muñoz de Morales, M. (dirs.) y Vioque Galiana, L. M. (coord.), *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, Vol. I, BOE, Madrid, p. 228.

(70) También en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La erosión de la neutralidad en el Derecho Penal económico: un par de ejemplos», en Faraldo Cabana, P./Brandariz García, J. A./Puente Aba, L. M.ª /Ramos Vázquez, J. A./Souto García, E. M. (coords.), *Un Derecho Penal moderno para una democracia del siglo XXI: Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 743.

(71) Al respecto y sosteniendo una aproximación posibilista al cambio que supone esta Directiva, Vivero SERRANO, *op. cit.,* p. 54.

tas empresas de determinadas dimensiones (*vid*. art. 2). No se alude, salvo alguna excepción (72), a las personas físicas que deben ocuparse de la materialización o concreción de las medidas adecuadas de diligencia debida; ni, por tanto, de que ello vaya a formar parte de sus deberes de cuidado. Aun así, desde una perspectiva penal, no puede olvidarse que los destinatarios indirectos de estos deberes de diligencia son los administradores y directivos de las empresas (73). En este sentido, y en el marco de otra nueva y aún tampoco traspuesta Directiva como es la (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, en su Considerando 38 se hace referencia a lo siguiente: «El hecho de que las personas jurídicas sean consideradas responsables en virtud de la presente Directiva no debe impedir que se emprendan acciones penales contra personas físicas que cometan los delitos definidos en la presente Directiva, induzcan a cometerlos o sean cómplices de dichos delitos. Cuando se cumplan las condiciones para la responsabilidad penal, debe entenderse que entre dichas personas físicas se incluyen los miembros de los consejos de administración de las empresas» (74).

Desde luego, pese a la existencia del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos ordenamientos, como es el caso del español, continúa siendo necesaria la identificación de las personas físicas que cometen el delito y, por tanto, de cuáles son sus deberes de cuidado. En este sentido, entre las condiciones que deben cumplirse para la responsabilidad penal a la que se refiere la Directiva (UE) 2024/1203, está el que sea posible atribuir materialmente la comisión del delito a alguna de las personas físicas que forman parte de la empresa, y ello también para el caso de que esas personas físicas sean los administradores de la persona jurídica (75).

---

(72) Este es el caso de lo establecido en el artículo 22.1 d) de la Directiva (UE) 2024/1760 que, en relación con la lucha contra el cambio climático, se especifica que el diseño del plan de transición para el cambio climático deberá contener, entre otros elementos, «una descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta al plan para la mitigación del cambio climático».

(73) En el mismo sentido, Silva Sánchez, 2025 b), *op. cit.,* p. 743.

(74) Sobre las pretensiones de concreción de esta Directiva, Zúñiga Rodríguez, L., «*Criminal compliance* y funciones del *compliance officer*. Especial atención a la delincuencia medioambiental», en Demetrio Crespo, E./Sanz Hermida, A. M. (dirs.), De la Cuerda Martín, M./García de la Torre, F. (coords.), *Derecho penal económico, legal tech y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. pp. 387-388.

(75) En este sentido Silva Sánchez, J. M., Montaner Fernández, R., «Capítulo II. Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades

4.2 **El alcance de las obligaciones de diligencia debida**

En primer lugar, el artículo 1 (y Considerando 19) de la Directiva (UE) 2024/1760, además de referirse a la obligación de las empresas de «dar los pasos adecuados para establecer y aplicar medidas de diligencia debida con respecto a sus propias operaciones, las de sus filiales y sus socios comerciales directos e indirectos a lo largo de sus cadenas de actividades», dispone que las principales obligaciones que se establecen deben ser obligaciones de medios. Esto es, obligaciones de actividad (o de diligencia) que se contraponen a las obligaciones de resultado (76). Con base en ello, creo que puede apuntarse ya una distinción entre lo que es, por un lado, el cumplimiento no diligente de las medidas de contención de los efectos adversos para el medio ambiente y, por otro, la producción de un daño o peligro para el medio ambiente (77). Estas obligaciones de medios se dirigen a la incorporación de una serie de medidas consideradas idóneas para asegurar las condiciones organizativas adecuadas para el posterior desarrollo operativo de las actividades de terceros. Como veremos, esto es un aspecto fundamental en relación con la cuestión de si cabe o no atribuir a la

---

mercantiles», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer-BdeF, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2013, señalan que también la atribución de responsabilidad penal al administrador de la empresa «requiere que el delito de empresa acaecido también se explique (en términos de imputación objetiva) por la conducta realizada por el administrador», pp. 51-52.

(76) Desde una perspectiva civil, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014, señala que en los casos en los que se alude a obligaciones de resultado (o contrato de obra) «el deudor se compromete a proporcionar al acreedor un resultado preciso». En cambio, cuando se alude a las obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), «el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de tal modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor», pp. 51-52. Ahora bien, como señala esta autora, «en la práctica, resultará dudoso muchas veces determinar si un contrato ha de ser calificado como arrendamiento de obra o servicios, puesto que toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil», p. 52.

(77) En este sentido, y a propósito de la Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de suministro (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*), señala BECKEMPER, 2025, op. cit., que «no se impone a las empresas una responsabilidad de garantía para la prevención de violaciones de los derechos humanos o del medio ambiente, sino la aplicación de un deber de diligencia para contener los riesgos» o, utilizando la expresión alemana, un *Bemühenspflicht*, p. 554, también p. 558. En el mismo sentido, WITTIG, *op. cit.,* 2024, *op. cit.,* p. 206, aunque señala esta autora que el concepto de *Bemühenspflichten* u obligaciones de esfuerzo puede resultar engañoso pues algunas de estas obligaciones poseen elementos orientados al resultado.

matriz del grupo o, mejor, a sus administradores, responsabilidad penal por la no evitación (por cierto, en muchos casos imprudente) de los resultados lesivos para el medio ambiente acaecidos desde la actividad de una de sus filiales. Asimismo, como se ha mencionado anteriormente, la exigencia de las medidas adecuadas de diligencia debida dependerá, a su vez, de la concreta implicación de la empresa en el efecto adverso o en el daño acaecido (*vid*. arts. 10.1 y 11.1 Directiva (UE) 2024/1760).

En segundo lugar, los artículos 2 y 3 (y Considerando 28) se ocupan del ámbito de aplicación y, de ahí, de las condiciones requeridas para que una empresa pueda ser sujeto destinatario de las obligaciones de diligencia debida. Al respecto, lo relevante aquí son las cuestiones relacionadas con los supuestos de grupos empresariales. La primera es que, cuando se hace referencia a los grupos de empresas, parece que puede distinguirse entre la sociedad matriz y la sociedad matriz última del grupo. Esto es algo que se plantea especialmente en el marco de los grupos de empresas multinacionales. De este modo, en el artículo 3 de la Directiva 2024/1760 se define, por un lado, a la empresa matriz como aquella empresa que controla una o más filiales (art. 3 q)) y, por otro lado, a la empresa matriz última como la empresa matriz que controla, directa o indirectamente una o varias filiales y no está controlada por otra empresa (art. 3 r)). La segunda cuestión destacable es que, según el artículo 2.1 a) de la Directiva, los sujetos destinatarios son las empresas que se hayan constituido en un Estado miembro y que tengan una media de más de 5.000 trabajadores y un volumen de negocios mundial neto superior a 1.500.000.000 de euros en el último ejercicio en el que se hayan aprobado o debido aprobar estados financieros anuales (78). Esta previsión parece ser aplicable tanto a una única sociedad, sea filial o no, como a una sociedad que sea la matriz de un grupo. Pero no se hace mención expresa a que la empresa tenga que ser un grupo. Además, conforme al artículo 2.1 b), aunque no se llegue a los umbrales anteriores, también será destinataria de las obligaciones de la Directiva la «empresa matriz última de un grupo que haya alcanzado dichos umbrales en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales consolidados». De este modo, si esa empresa matriz última del grupo se ha constituido en algún Estado miembro y alcanza los umbrales indicados en su conjunto, también será sujeto obligado. Aquí aparece una cuestión muy importante, como es la de la aprobación de los estados financieros consolidados. Dicha aprobación se presenta como un

(78) Este ha sido uno de los aspectos modificados por las simplificaciones que han dado lugar a la Directiva (UE) 2026/470.

elemento de unificación en la gestión financiera, lo que parece ser un punto de conexión con otro aspecto de la gestión del grupo como puede ser el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida.

Otro aspecto relevante es la previsión de la posibilidad de exención del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de la empresa matriz última (art. 2.3 y Considerando 28). Esto podrá darse cuando la empresa matriz última «tenga como actividad principal la tenencia de acciones en filiales operativas y no participe en la toma de decisiones de gestión, operativas o financieras que afecten al grupo o a una o más de sus filiales». Ahora bien, esta exención se supedita «a la condición de que se designe a una de las filiales de la empresa matriz última establecidas en la Unión para cumplir las obligaciones» de diligencia debida «en nombre de la empresa matriz última, incluidas las obligaciones de la empresa matriz última en lo que respecta a las actividades de sus filiales. En tal caso, se dotará a la filial designada de todos los medios y la autoridad jurídica necesarios para cumplir dichas obligaciones de manera efectiva, en particular para garantizar que la filial designada obtenga de las empresas del grupo la información y los documentos pertinentes para cumplir las obligaciones de la empresa matriz última en virtud de la presente Directiva». En este supuesto, en el que se requiere una designación específica, parece que estaríamos ante un supuesto de delegación del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida desde la matriz última a una de las filiales (79).

En tercer lugar, y con el objetivo de hacer más eficaz el cumplimiento de la diligencia debida, se dispone que las empresas matrices «deben poder cumplir algunas de las obligaciones de diligencia debida también en nombre de sus filiales incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva» (art. 6 y Considerando 21). De aquí, parece que no es que la filial se postule como la delegada de la matriz para cumplir con las obligaciones de diligencia debida, sino todo lo contrario. Un cumplimiento eficaz de esas obligaciones puede explicar que la empresa matriz amplíe el alcance del cumplimiento de sus obligaciones y, de esta forma, se extienda también su poder de control (80).

(79) Asimismo, conviene señalar que, si bien en su redacción originaria, se preveía un apartado 3.º en el artículo 2 en el que se indicaba que dicha exención no excluía que la empresa matriz última siguiera siendo «responsable solidaria junto con la filial designada en caso de que esta última incumpla sus obligaciones» de diligencia debida, esta previsión se ha eliminado en la versión de la Directiva (UE) 2026/470.

(80) Estas obligaciones son las siguientes: Integración de la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión de riesgos de la empresa (art. 7); Detección y evaluación de efectos adversos reales y potenciales (art. 8); Priorización de efectos adversos reales y potenciales detectados (art. 9); Prevención de efectos adversos

En todo caso, aunque el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida lo asuma la matriz en nombre de la filial, ello no excluye la sujeción de las filiales tanto a las competencias de las autoridades de control (art. 25), como a la responsabilidad civil por los daños causados a personas físicas o jurídicas (art. 29). Por tanto, y a efectos sancionatorios, la filial sigue siendo la titular formal de las obligaciones de diligencia debida y, en tanto titular de un capital, sigue siendo sujeto destinatario de responsabilidad pecuniaria.

Si la filial no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2024/1760 y, por tanto, no tiene obligaciones de diligencia debida, «la empresa matriz debe cubrir las operaciones de la filial como parte de sus propias obligaciones de diligencia debida» (art. 5.2 y Considerando 21). Con ello, a mi entender, se pone de manifiesto, por un lado, que la «supertitular» o máxima competente de las obligaciones de diligencia debida en todo el grupo es siempre la matriz y que, en el marco de sus competencias de gestión estratégica también se deben tener en cuenta los aspectos operativos de las filiales que inciden en el proceso de diligencia debida.

Por último, el Considerando 53 se refiere a la eliminación o minimización de los efectos adversos sobre los derechos humanos o el medio ambiente. En este sentido, se indica que lo esperable es «que una empresa sea capaz de eliminar los efectos adversos reales en sus propias operaciones y en las de sus filiales. No obstante, debe aclararse que, cuando no puedan eliminarse los efectos adversos, las empresas deben minimizar su alcance». Asimismo, señala que las empresas «deben tomar las medidas adecuadas para eliminar o minimizar el alcance de los efectos adversos que causen por sí mismas ("causantes" de los efectos adversos, según el marco internacional) o conjuntamente con sus filiales o socios comerciales ("contribuyentes" a los efectos adversos, según el marco internacional)». A continuación, se apunta a que la causación conjunta del efecto adverso «no se limita a la misma participación por parte de la empresa y de su filial o socio comercial en el efecto adverso, sino que debe comprender todos los casos de actos u omisiones de la empresa que causen el efecto adverso en combinación con los actos

---

potenciales (art. 10); y Eliminación de los efectos adversos reales (art. 11); Reparación de efectos adversos reales (art. 12); Colaboración constructiva con las partes interesadas (art. 13); Mecanismo de notificación y procedimiento de reclamación (art. 14); Supervisión (art. 15); y Comunicación (art. 16). En todo caso, en mi opinión, lo que se describe en estos preceptos no son las concretas medidas consideradas adecuadas, sino más bien los aspectos generales de algunas de las etapas del proceso de diligencia debida.

u omisiones de las filiales o socios comerciales, incluso cuando la empresa facilite sustancialmente que un socio comercial cause un efecto adverso o le incite a ello, esto es, excluidas las contribuciones menores o carentes de importancia.» Así, y sin incorporar restricciones normativas de atribución, la Directiva (UE) 2024/1760 adopta un concepto de causación y de causación conjunta mucho más amplio que el propio de las formas de participación y de coautoría en el delito. No debe olvidarse que la causación o la contribución a la causación de estos efectos adversos a los que se hace referencia en la Directiva se vincula, en todo caso, con el incumplimiento de obligaciones de diligencia, esto es, de obligaciones que son de medios o de actividad y no obligaciones impeditivas de resultados lesivos. Por tanto, se trata de que las empresas obligadas se provean de las medidas consideradas adecuadas para contener el riesgo y, de ahí, evitar que el desarrollo de su actividad pueda convertirse en un elemento causal (por sí solo o junto con otros) que favorezca la producción de situaciones de riesgo de las que puedan derivarse (directa o indirectamente) resultados dañosos (para el medio ambiente) en el ámbito de competencia de terceros sujetos autorresponsables. De este modo, las empresas destinatarias de las obligaciones de diligencia debida no son, *per se*, titulares de los ámbitos de competencia de los que se derivan los resultados lesivos que se puedan o que se hayan podido producir (81).

En los artículos 10 y 11 de la Directiva (UE) 2024/1760 se desarrolla el contenido del Considerando 53 respecto de los riesgos adversos potenciales y reales, indicando las medidas adecuadas para prevenir o eliminar esos riesgos. Asimismo, en el artículo 29 de la Directiva, cuando menos en su versión originaria, se preveían las condiciones que deben concurrir para considerar responsable civil a una empresa por los daños causados. En concreto, esto requería, primero, el incumplimiento deliberado o por negligencia de las obligaciones previstas en los artículos 10 y 11 (art. 29.1. a) y que, como consecuencia de dicho incumplimiento, se hubiera «causado un daño a los intereses jurídicos de la persona física o jurídica protegidos por el Derecho nacional» (art. 29.1. b). Asimismo, tras enumerar estas condiciones, el artículo 29. 1 *in fine* establecía que la empresa «no podrá ser considerada responsable cuando el daño haya sido causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades». No se refería, en cambio, a los supuestos en los que los daños los hubiera causado úni-

(81) Desde luego, este último escenario también es posible. Y, en este sentido, tiene razón Dopico Gómez-Aller, 2025, *op. cit.,* p. 156, que podría sostenerse la exigencia de cumplir con deberes de cuidado para no cometer un delito imprudente.

camente la filial. Sea como fuere la Directiva (UE) 2026/470 ha eliminado ese primer apartado del artículo 29.

Sobre la base del análisis aquí efectuado, y sin perjuicio de que las destinatarias directas de las obligaciones de diligencia debida sean determinadas empresas en tanto personas jurídicas, la efectiva adopción de las medidas adecuadas para el cumplimiento de esas obligaciones es algo que dependerá de alguna o varias personas físicas de la entidad. En concreto, las medidas adecuadas de diligencia debida –como es el caso, por ejemplo, de la integración de la diligencia debida en todas las políticas y en el sistema de gestión de la empresa (art. 7) o la adopción de las medidas para la prevención de los efectos adversos potenciales– como por ejemplo, modificar el plan de negocio de la empresa o sus estrategias generales (art. 10.2.d)–, requieren de la toma de decisiones propias de los sujetos competentes de la gestión general o estratégica (82). En consecuencia, el órgano de administración de la empresa, en tanto órgano o posición competente de la gestión general o social de la organización, será el responsable de la adopción y ejecución con eficacia de las medidas de diligencia debida ambiental con incidencia también en las actividades operativas o de producción de las filiales (83). Ahora bien, de la misma forma que sucede con los sistemas de prevención de riesgos o *compliance*, esto no significa que, por un lado, tenga que ser el administrador el que asuma la supervisión del desarrollo operativo de dichas medidas en primera persona ni que (84), por otro lado, la ostentación de funciones de supervisión en el marco de la gestión social de la empresa equivalga a la realización de funciones ejecutivas en ella (85).

---

(82) Al fin y al cabo, esas medidas de diligencia debida se corresponden con las propias de los sistemas de gestión o *compliance*. En este mismo sentido, Carlos de Oliveira, *op. cit.,* pp. 14-15.

(83) Como señala Vioque Galiana, *op. cit.,* «las empresas matrices de los grupos corporativos multinacionales han dejado de ocuparse directamente de la producción», p. 77. La cuestión es que, como señala este autor, «este sistema no solamente optimiza recursos y mejora la eficiencia a través de la especialización de tareas, sino que también traslada los riesgos asociados a la producción, como la explotación laboral, el trabajo infantil o los daños medioambientales, a entidades con menores recursos y capacidad de control como las filiales o los proveedores externos. De este modo, la empresa matriz reduce su exposición directa a estos problemas, dificultando la atribución de responsabilidad», p. 78. Ahora bien, la titularidad de la matriz respecto de las obligaciones de diligencia debida también frente a sus filiales puede invertir esta exposición a la problemática aludida.

(84) En esta medida, como veremos seguidamente, el administrador puede delegar a una comisión especializada dicha supervisión.

(85) En este sentido, Lascuraín Sánchez, 2024, *op. cit.,* p. 159; también, Zúñiga Rodríguez, *op. cit.,* 2025, p. 405, pp. 415-416.

4.3 **Sobre el contenido de las obligaciones de diligencia debida infringidas**

Los artículos 7 a 16 de la Directiva (UE) 2024/1760, también modificados por la Directiva (UE) 2026/470, describen el contenido de cada uno de los elementos que conforman las etapas del denominado proceso de diligencia debida. De este modo, y a la espera de que se publique una guía más específica al respecto, se derivan las que se consideran como medidas adecuadas de diligencia debida. En concreto, y por razones de espacio, aquí se atenderá a las previstas en los artículos 7 a 11 que, además, desde un punto de vista de la gestión preventiva de los riesgos organizativos se postulan como las más relevantes (86).

En primer lugar, en el artículo 7 se describen las medidas para la «integración de la diligencia debida en las políticas y sistemas de gestión de riesgos» de la empresa. En ellas, las empresas deben contar con una política de diligencia debida basada en el riesgo, elaborada previa consulta de los empleados y en la que consten los siguientes elementos: una descripción del enfoque que se otorga a la diligencia debida en la empresa; un código de conducta; y una descripción de los procesos enfocados a la integración de la diligencia debida en las políticas empresariales y a su aplicación. Asimismo, es necesario que las empresas actualicen y revisen sus políticas de diligencia debida, al menos, anualmente. En mi opinión, este grupo de medidas se relaciona con la imbricación del enfoque de la diligencia debida en todo el aparato regulatorio interno del sistema de *compliance* de la empresa.

En segundo lugar, el contenido del artículo 8 está dedicado a la «detección y evaluación de efectos adversos reales y potenciales». Para ello, las empresas tendrán que adoptar las medidas adecuadas para detectar los efectos adversos reales y potenciales que se deriven tanto respecto de sus propias operaciones o las de sus filiales y, en su caso, también de las de sus socios comerciales. En concreto, para el cumplimiento de esta obligación, en la Directiva (UE) 2024/1760, y siendo un apartado modificado por la Directiva (UE) 2026/470, se especifica que las empresas deben adoptar las medidas adecuadas para «llevar a cabo un ejercicio exploratorio, únicamente sobre la base de la información razonablemente disponible, para determinar en relación con sus propias operaciones, las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con sus cadenas de actividades, las de sus socios comerciales, los ámbitos generales en los que es más probable que se produzcan efectos adver-

(86) Como señala Vioque Galiana, *op. cit.,* cabría distinguir entre un conjunto de medidas preventivas *ex ante* (arts. 7 a 10) y un conjunto de medidas correctivas *ex post* (art. 10 a 12), *vid.,* p. 280.

sos y que estos sean más graves» (art. 8.2 a)(87). Sobre la base de este previo ejercicio exploratorio, tendrán que realizar una evaluación profunda de sus operaciones, de la de sus filiales y, en su caso, de las de sus socios comerciales «en los ámbitos en los que se haya detectado una mayor probabilidad de que produzcan efectos adversos y que estos sean más graves» (art. 8.2. b). Estos dos apartados se relacionan, pues, con el *risk assessment* de los programas de *compliance*. Asimismo, en el artículo 9 de la Directiva (UE) 2024/1760 se establece que, en los casos en los que no sea posible «prevenir, mitigar, eliminar o minimizar al mismo tiempo y en toda su extensión todos los efectos adversos detectados», se estará a una regla de priorización que atienda a la gravedad y a la probabilidad de los efectos adversos.

En tercer lugar, lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Directiva (UE) 2024/1760 es de especial relevancia para la concreción del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. Así, respecto de la prevención de los efectos adversos potenciales, en el artículo 10.2 se establecen las seis medidas adecuadas que, como mínimo, deberán adoptar las empresas. A saber: (i) En caso de que la complejidad o naturaleza de las medidas de prevención así lo requieran, la elaboración y aplicación de un plan de acción preventiva y de indicadores cualitativos y cuantitativos para medir las mejoras; (ii) Recabar de los socios comerciales directos garantías contractuales que avalen su cumplimiento del código de conducta(88); (iii) La realización de inversiones financieras o no financieras, y los ajustes o mejoras necesarias en instalaciones, en procesos de producción o en otros procesos operativos, así como en infraestructuras; (iv) La realización de modificaciones o mejoras necesarias en el propio plan de negocio de la empresa, en sus estrategias generales y en sus operaciones, incluidas las prácticas de compra, diseño y distribución; (v) Prestar un apoyo específico a las pymes que sean socios de negocio de las empresas; (vi) En cumplimiento del Derecho de la Unión (también en materia de competencia), colaborar con otras entidades a los efectos de mejorar la prevención o mitigación de los efectos adversos.

Por lo que se refiere a las medidas adecuadas mínimas en el marco de la eliminación de los efectos adversos reales, el artículo 11. 3 se

(87) En la versión originaria de la Directiva (UE) 2024/1760, en lugar de a «ejercicio exploratorio» se hacía referencia a lo siguiente: «inventariar sus propias operaciones, las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con sus cadenas de actividades, las de sus socios comerciales», sin especificar que, para ello únicamente sea necesario atender a la «la información razonablemente disponible».

(88) Con la previsión de que se trate de socios comerciales «directos», parece que la competencia principal recaería en aquella sociedad (matriz o filial) que contrate directamente con ellos.

refiere, además de a las anteriores, a la neutralización del efecto adverso o a la minimización de su alcance, debiendo estas medidas guardar proporción con la gravedad de los efectos adversos y con la implicación de la empresa en ellos (a); y a la reparación de conformidad con el artículo 12 (b) (89). Conviene advertir ya aquí que medida de neutralización ya no supone solamente adoptar una medida de gestión organizativa general respecto de los efectos ambientales, sino de frenar o detener un ataque o efecto lesivo para un bien jurídico. En este sentido, parece que, en términos jurídico-penales, podría llegar a vincularse la adopción de esa medida de eliminación con una especie de deber de salvamento (90). Sobre ello se volverá más adelante.

Por último, como se ha mencionado anteriormente, la Directiva (UE) 2024/1760 establece que los Estados miembros, cuando adapten el contenido de esta norma a su derecho nacional, prevean, como mínimo, sanciones pecuniarias (art. 27.3 a)) (91) y, en caso de que una empresa incumpla una decisión por la que se impone una sanción pecuniaria, una declaración pública en la que se indique la empresa

(89) En concreto, y en relación con la reparación de los efectos adversos reales, el artículo 12 de la Directiva (UE) 2024/1760 dispone lo siguiente: «1. Los Estados miembros velarán por que una empresa repare un efecto adverso real que haya causado por sí misma o conjuntamente. 2. Cuando el efecto adverso real haya sido causado únicamente por un socio comercial de la empresa, esta podrá repararlo voluntariamente. Asimismo, la empresa podrá recurrir a su capacidad de influir en el socio comercial que esté causando el efecto adverso para repararlo.» Así, y a diferencia de las especificaciones contenidas tanto en el artículo 10.1 como en el artículo 11.1 referentes a la extensión e intensidad de las medidas adecuadas, a los efectos de la reparación no se alude al escenario en el que los efectos adversos se produzcan solamente en las operaciones de la filial. Por tanto, si esto es así, y aunque la matriz haya asumido parte del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de la filial, la única obligada a la reparación será la filial.

(90) Ahora bien, como señala Dopico Gómez-Aller, 2006, *op. cit.,* pp. 778-779, si bien el deber de salvamento también podría fundamentarse en el ámbito de las competencias organizativas, se trata de un deber con un alcance mucho más limitado que el deber de aseguramiento.

(91) En relación con esta clase de sanciones, además, se establece que «se basarán en el volumen de negocios mundial neto de la empresa. El límite máximo de las sanciones pecuniarias no será inferior al 5 % del volumen de negocios mundial neto de la empresa en el ejercicio financiero anterior a la decisión de imponer la sanción» (art. 27.4). Sin embargo, este apartado ha sido modificado por la Directiva (UE) 2026/470 que, en relación con el límite máximo para las sanciones pecuniarias se establece que «se fije en el 3 % del volumen de negocios mundial neto de la empresa en el ejercicio anterior al de la decisión por la que se imponga la sanción o, en el caso de las empresas matrices últimas a que se refieren el artículo 2, apartado 1, letras b) y c), y el artículo 2, apartado 2, letras b) y c), el 3 % del volumen de negocios mundial neto consolidado calculado a nivel de la empresa matriz última, en el ejercicio anterior al de la decisión por la que se imponga la sanción».

responsable y la naturaleza de la infracción (art. 27.3 b)). Este precepto se refiere de forma muy amplia a aquello que fundamenta la imposición de estas sanciones: «cualquier infracción de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas al amparo de la presente Directiva» (art. 27.1). Sobre la base de esta referencia, a mi juicio, excesivamente amplia de aquello que se debe considerar constitutivo de infracción, en el artículo 27.2 se recogen una serie de factores que podrán tenerse en cuenta para, en caso de imponerse sanciones, determinar su naturaleza y su nivel (92). Asimismo, si bien en este artículo 27 no se menciona expresamente que esas sanciones pecuniarias sean de naturaleza administrativa, de una lectura conjunta con el artículo 25, en el que se describen las funciones y competencias de la autoridad de control, parece que eso debe ser así (art. 25.5). Cuando ese efecto adverso se materializa en un daño para una persona física o jurídica, en el artículo 29 de la Directiva (UE) 2024/1760 se prevé que la posibilidad de que la empresa pueda ser considerada responsable civil de los daños causados a una persona física o jurídica por el incumplimiento de los requisitos de diligencia debida (93).

V. ¿DELEGACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA?

5.1 **Los aspectos generales de la delegación de funciones**

La toma en consideración de la delegación de funciones como criterio normativo para la delimitación de las esferas de competencia se

(92) En concreto, estos factores son los siguientes: «a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, así como la gravedad de los efectos derivados de dicha infracción; b) las inversiones realizadas y cualquier apoyo específico prestado de conformidad con los artículos 10 y 11; c) toda colaboración con otras entidades para hacer frente a los efectos de que se trate; d) cuando proceda, la medida en que se tomaron decisiones de priorización de conformidad con el artículo 9; e) las infracciones previas pertinentes de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a la presente Directiva cometidas por la empresa y constatadas por una resolución definitiva; f) la medida en que la empresa ha llevado a cabo cualquier medida de reparación en relación con el asunto de que se trate; g) los beneficios económicos obtenidos o las pérdidas evitadas por la empresa debido a la infracción; h) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso de que se trate.»

(93) Sin embargo, y pese a un régimen más amplio de responsabilidad civil previsto en la versión de 2024, la Directiva (UE) 2026/470 ha reducido considerablemente el alcance de esta clase de responsabilidad. Así, ya no se hace referencia a que los Estados deban velar para que se pueda considerar responsable civil a la empresa, sino que, en todo caso, eso dependerá del que sea el Derecho nacional aplicable.

ha hecho especialmente en lo que podríamos denominar como empresas localizadas (94). El reto actual es si la delegación puede seguir siendo útil en el contexto de la denominada deslocalización empresarial, muy frecuente por cierto en la actividad de los grupos empresariales multinacionales (95).

La complejidad organizativa que envuelve a muchos grupos de empresas implica riesgos de dispersión de la responsabilidad. En este sentido, se ha señalado que el grupo empresarial parece «idóneo para exaltar la potencialidad criminal –en términos de la anonimización de la responsabilidad y de la amplia disponibilidad de medios– de las estructuras empresariales complejas al tiempo que dificulta la reconstrucción de los procesos de toma decisionales» (96). Y a ello se suma un proceso de despersonalización que progresivamente ha ido marcando la actividad empresarial (97). Así, ya no solamente se trata de advertir que a través de una «(sucesiva) delegación de funciones y división y organización del trabajo», se da «una separación muy significativa entre la ejecución de la actividad empresarial potencialmente constitutiva de un hecho delictivo y quienes tienen en última instancia la responsabilidad de que se lleve a cabo dicha actividad» (98), sino que la delegación trasciende a diferentes planos de gestión existentes en relación con el desarrollo de una actividad de la que pueden ser responsables, de manera materialmente diferenciada, varios centros decisorios. En este ámbito, por tanto, resulta ya insuficiente recurrir a los denominados modelos *bottom-up* y *top-down* para tratar de configurar las formas de autoría y participación por un delito de empresa (99).

En una delegación, el delegante traspasa al sujeto delegado una parte de su ámbito de competencia respecto del que, tras su

(94) Al respecto, Montaner Fernández, 2008, *op. cit.,* p. 85.

(95) Señalando las dificultades que supone la deslocalización empresarial y la fragmentación de las cadenas de producción para el Derecho penal, Dopico Gómez-Aller, 2025, *op. cit.,* p. 144.

(96) Pelissero, Scaroina, Napoleoni, *op. cit.,* p. 86.

(97) Apuntando a esta idea, D'Alessandro (2016), p. 241.

(98) Peñaranda Ramos, 2008, *op. cit.,* p. 162.

(99) Refiriéndose a estos dos modelos, Peñaranda Ramos, 2008, *op. cit.,* p. 164. En concreto, indica que el modelo *bottom-up* «parte de una responsabilidad preferente (como "autor") de los que actúan en último lugar, los ejecutores materiales del hecho, y extiende luego, en mayor o menor medida, esa responsabilidad (a título de "partícipes") a quienes ha prestado una contribución más lejana a su ejecución». En cambio, el *top-down model* parte de «la responsabilidad preferente de los administradores o directivos de la empresa y luego la amplía, en su caso, dentro de ciertos límites y en distintos grados, a los mandos intermedios, los encargados y los demás empleados o trabajadores de la misma», p. 164.

asunción, el delegado se convierte en el principal responsable (o garante primario). Ahora bien, el delegante no se exonera por completo de sus funciones en relación con lo delegado sino que mantiene una serie de deberes residuales de control o vigilancia (o garante secundario) (100). Así, y en lo que se refiere a la atribución de responsabilidad penal, suele afirmarse que el delegado, tras la asunción de una delegación válida, se convierte en el acreedor potencial del título de autoría, mientras que el delegante, que retiene deberes residuales, sería, en su caso, acreedor de un título de participación. Una de las virtudes que suele vincularse a la delegación de funciones es que, con ella, se pueden evitar los supuestos de la denominada responsabilidad «de posición» o responsabilidad «por el cargo» (101), pues lo relevante para la atribución de responsabilidad será determinar quién o quiénes eran los sujetos que ostentaban competencias materiales respecto de la actividad de la que se ha derivado el delito y en qué grado. Otra cuestión remarcable es que la delegación se ha entendido en sentido descendente, esto es, realizada por un sujeto con una posición superior hacia un sujeto subordinado. Por tanto, ha tenido una dimensión fuertemente jerarquizada y unidireccional (102). Asimismo, y a no ser que se admitiera la delegación en cadena o sucesiva, la delegación se vincularía con los supuestos en los que existe una concatenación de actuaciones infractoras, todas ellas reconducibles a un punto de unión representado por la existencia de un traspaso de competencias entre delegante (partícipe) y el delegado (autor).

Los supuestos de criminalidad policorporativa a los que aquí se presta atención no responden, en muchas ocasiones, a una concatenación sucesiva de intervenciones sino más bien a una superposición de intervenciones o, incluso, a intervenciones paralelas más o menos autónomas. En efecto, la producción del resultado delictivo puede relacionarse con las infracciones de diferentes sujetos que, pese a que pueden vincularse con una intervención conjunta (coautoría), también pueden aparecer de forma paralela y/o superpuesta

(100) Como indica Lascuraín Sánchez, 2014, *op. cit.,* pp. 307-308, que el delegante se descargue de sus deberes de control inmediatos respecto de la fuente de peligro delegada, no significa que pueda despreocuparse de esos peligros como si los hubiese vendido.

(101) Mazzacuva, N., y Amati, E., *Diritto penale dell'economia*, 6.ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 31.

(102) En este sentido, ubicándola en un plano vertical, Yacobucci, G., *Responsabilidad penal empresarial. La imputación penal al interno de la empresa y a la propia organización*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2025, p. 88.

y sin responder necesariamente a un vínculo lineal de traspaso de competencias (103).

En mi opinión, desde el órgano de administración no tiene lugar una delegación de funciones hacia los directivos de las diferentes áreas o divisiones operativas de negocio. Lo que acaece, sobre la base de su poder de gestión general es, en todo caso, una designación de los sujetos competentes para desempeñar el cargo y las funciones correspondientes de cada área de negocio (104). Por tanto, y a no ser que sea en el marco del propio órgano de administración o hacia las comisiones delegadas o, incluso, hacia la posición de la dirección general de la empresa, la delegación de las funciones, en tanto técnica funcional transformadora del ámbito de responsabilidad, no se origina en el órgano de administración. Esto no es algo aceptado por buena parte de la doctrina, que entiende que el administrador es el delegante originario (105). Sin embargo, creo que la distinción entre los planos de gestión general o estratégica y los de gestión operativa y, por ende, la distinción entre la delegación en sentido estricto, la asignación de funciones y el encargo de funciones (106), resulta la postura más realista atendiendo a la cada vez más elevada complejidad organizativa.

Que el administrador no sea el delegante originario, por lo menos no en relación con las actividades operativas, no implica excluir su responsabilidad como titular de deberes de gestión general en la organización, entre los que se incluye el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida ambiental que, desde luego, pueden incidir en el desarrollo de las operaciones de la empresa. El cumplimiento de estos deberes de gestión general no solamente es necesario para asegurar una estructura empresarial no defectuosa –y evitar o prevenir la responsabilidad penal de la propia persona jurídica–, sino que también puede incidir, de forma paralela, en el contexto en el que se desarrolla la concreta gestión operativa que esté en manos de terceros sujetos competentes. Ahora bien, en terminología de delegación de funciones, la ostentación de estos deberes de gestión general no convierte a los administradores en

(103) Esto puede ser especialmente relevante en el marco de los delitos que, de algún modo, se aproximan a la lógica de la acumulación.

(104) Montaner Fernández, 2008, *op. cit.,* pp. 87-88.

(105) Peñaranda Ramos, 2008, *op. cit.,* p. 182; Silva Sánchez, 2016, p. 94; Gómez Martín, *op. cit.,* pp. 125-126, basándose en que «sobre los órganos societario de gestión y administración recaen deberes originarios de dirección», p. 125; Yacobucci, *op. cit.,* pp. 124-126.

(106) También sobre esta distinción, Montaner Fernández, 2008, *op. cit.,* pp. 98-105.

garantes (con base en unos deberes residuales de vigilancia) de la evitación de las concretas actuaciones delictivas que se cometan en el marco de áreas operativas y de las que son titulares –y principales responsables– otros miembros de la empresa. Pese a que ello podría solucionar algunos problemas de impunidad en casos de criminalidad policorporativa, supondría aceptar que, también en el Derecho penal, la figura del administrador, con una competencia omnipresente, sería una especie de chivo expiatorio. En efecto, una cosa es aceptar que, también en la empresa, hay un conjunto de sujetos que ostentan competencias en materia de gestión de riesgos y, otra cuestión distinta es afirmar que el delito pueda ser el resultado de una mala gestión reconducible en términos de imputación objetiva a la posición que ocupa el administrador en la empresa como gestor general (107). De ahí que en la doctrina italiana esté cobrando relevancia la distinción entre el garante en sentido estricto y el garante en sentido amplio o «gestor de riesgos» (108). Desde luego, la comisión por omisión es una de las figuras más utilizadas a los efectos de la atribución de responsabilidad penal a los altos cargos de las empresas, incluidos los administradores, por los delitos de resultado acaecidos a través de la actividad empresarial. En el marco de la comisión por omisión cabe la convergencia de los deberes impeditivos del garante con los deberes de diligencia (109). No obstante, las consecuencias de la infracción de estas dos clases de deberes no tienen por qué valorarse de la misma

(107) Señala Catino, *op. cit.,* p. 35, que la fabricación de un chivo expiatorio es favorecida por la lógica del Derecho penal en tanto esta se base en la «historia breve», esto es, aquella que reduzca la génesis y la dinámica de un acontecimiento complejo al comportamiento de algún autor individual. Según Fisse, B., y Braithwaite, J., *Corporations, Crime and Accountability,* Cambridge Univ. Press, 1993, construir chivos expiatorios es algo endémico en el sistema legal, p. 56.

(108) Así, Mongillo, 2022, *op. cit.,* p. 956, comentando la sentencia del caso Viareggio (sentencia de Cass. pen., Sez. IV, de 6.9.2021). También partiendo de una concepción restrictiva de la responsabilidad en comisión por omisión, Miró Estradé, J., «El alcance de la responsabilidad penal del Consejo de Administración en el "Caso Bonatti S.p. A.". Comentario de la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione Sez. 4 n. 31665/2024, de 5 de julio», *La Ley Compliance Penal*, núm. 19, 2024, pp. 14-16, distinguiendo entre los deberes de garante del administrador que dan lugar a responsabilidad en comisión por omisión y los deberes extrapenales de control de riesgos.

(109) En este sentido, Valbonesi, *op. cit.,* p. 42. Ahora bien, como señala esta autora, esta fusión entre la obligación de impedir y la obligación de diligencia sería «clara si, precisamente, no existiera la necesidad de evaluar la existencia de ese poder material de impedir el evento considerado "segmento inicial de la culpa", no ya, en nuestra humilde opinión, en términos de tipicidad de la conducta, sino como elemento

manera. Así, la infracción de un deber de diligencia no tiene por qué ser un título fundamentador de la responsabilidad por la no evitación del resultado. De este modo, la problemática de trasfondo es cuál es el alcance de los deberes de diligencia (ambiental) de los administradores cuando la organización se estructura como un grupo de empresas (110).

A estos efectos, deben especificarse cuáles son las competencias que ostentan los administradores de la sociedad matriz y, en su caso, si se trata de competencias de supervisión, en qué consisten, respecto de qué actividades de las desarrolladas por otros miembros del grupo (en las filiales) podrían desplegarse y, con todo, si dicha supervisión adecuada habría evitado (o contribuido a evitar) el resultado (111). Es más, lo que se plantea en este apartado es si la delegación puede ser una fórmula útil para delimitar los deberes de los administradores de la sociedad matriz y, de ahí, analizar en qué medida la infracción de sus obligaciones de diligencia debida puede fundamentar su responsabilidad por la no evitación del delito cometido desde la filial (112). Veamos, pues, los diferentes planos de incidencia de la delegación de funciones a propósito de las obligaciones de diligencia debida.

---

pretípico sin el cual ni siquiera es posible formular una valoración en términos de responsabilidad por imprudencia», p. 42.

(110) En concreto, este peligro se plantearía en relación con el alcance de la posición de garantía de la comisión por omisión y, por tanto, con la delimitación de los requisitos que permiten la atribución de responsabilidad penal por la no evitación del resultado al sujeto que ostenta un deber de garante. Como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2014, *op. cit.,* p. 305, la asignación de estos deberes de garantía, más allá de ciertos deberes institucionales, «sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de la autonomía personal» y esto sucede, en concreto, por el mantenimiento como propia de una fuente de riesgo, por la injerencia en la autonomía ajena con un curso de riesgo y por la delegación. En el mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control: una aproximación tópica», en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M./Gómez Martín, V. (dirs.), Hortal Ibarra, J. C./Valiente Ivañez, V. (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, BdeF, Buenos Aires–Montevideo, 2014, p. 341.

(111) Señalando que la responsabilidad como garante de la sociedad matriz por la no evitación del delito no es algo que pueda generalizarse y que los criterios son más estrictos que no los que permiten la aplicación del §130 OWiG, ABERLE, HOLLE, *op. cit.,* p. 126.

(112) Esta situación parece que nos conduciría hacia el planteamiento de la posible responsabilidad en comisión por omisión, en muchos casos, imprudente de los administradores. Apuntando a la necesidad de evitar la superposición entre los deberes de diligencia y los deberes impeditivos de garante para tratar de evitar la desmesurada aplicación del delito en comisión por omisión imprudente, VALBONESI, *op. cit.,* p. 45.

5.2 **La delegación de funciones en el plano de la gestión estratégica de los grupos empresariales**

5.2.1 Contenidos generales de la gestión estratégica

Como ya se ha indicado, las obligaciones de diligencia debida ambiental forman parte del ámbito de la gestión general de los administradores. Así, los órganos de administración ya no solamente deben centrarse en las tradicionales cuestiones financieras, sino que son responsables de establecer políticas y estrategias alineadas con los criterios ESG (113). Como se ha indicado, de estas obligaciones pueden ser titulares tanto la sociedad matriz como la sociedad filial, solamente la sociedad matriz, o solamente la sociedad filial. En todo caso, la normativa europea parece apuntar hacia el protagonismo de la *holding*, incluso también en los casos en los que la empresa filial es destinataria de las obligaciones de diligencia debida. Pese a ello, conviene analizar qué recorrido puede tener en este ámbito la delegación de funciones.

Antes de centrarnos en la Directiva (UE) 2024/1760, si se atiende a la regulación societaria española actualmente vigente, entre las facultades indelegables del Consejo de administración ya se incluye tanto la aprobación de la política de responsabilidad social corporativa (art. 529 ter 1.a) LSC) como la determinación de la política de control y gestión de riesgos (art. 529 ter 1.b) LSC). Desde luego, estoy de acuerdo en que, con la incorporación de esta clase de facultades indelegables, se amplía el contenido del deber de diligencia de los administradores (114). A partir de aquí, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (en adelante, CBG) de la CNMV dispone en su Principio 21 que la «sociedad dispondrá de una función de control y

(113) Vázquez García, M., y Marroquín García, I., «Sostenibilidad y financiación empresarial. Objetivos y métricas ESG Gobernanza», *Economía Industrial*, núm. 434, 2024, p. 45, pp. 49-50. Ahora bien, como señalan estos autores, la conjunción de objetivos financieros y de objetivos sostenibles en los órganos de gobierno de las empresas «puede generar tensiones debido a las distintas preferencias que pueden tener sus miembros para el logro de resultados a corto plazo». Por ello, se hace necesaria la incorporación de medidas para tratar de evitar estas tensiones. Entre ellas, se señala la creación de comités especializados en sostenibilidad dentro de los Consejos de administración, la incorporación de indicadores de sostenibilidad en la remuneración de los ejecutivos o el fomento de una cultura de colaboración sostenible desde los niveles más altos de liderazgo, *vid.,* pp. 46-47.

(114) Otra cuestión es que la ampliación del contenido de este deber de diligencia del administrador se corresponda con una ampliación de su posición de garante respecto de la evitación de los delitos que se cometan en la empresa. De otra opinión, Silvina Bacigalupo, *op. cit.,* p. 422, p. 433.

gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración». El contenido de este Principio se desarrolla a través de las Recomendaciones 45 y 47 del CBG. De especial importancia para este trabajo es que, precisamente, en la Recomendación 45 aptdo. a) se indica que, entre otros aspectos, la política de control y gestión de riesgos debe identificar los distintos tipos de riesgos a los que se enfrenta la sociedad. Y, entre estos riesgos, además de a los financieros, se alude a los no financieros, entre los que se incluirían «los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medioambientales, políticos y reputacionales, incluidos los relacionados con la corrupción». Por tanto, y a luz de esta regulación, forma parte de la determinación del contenido de esta política de control y gestión de riesgos indelegable la identificación a través de una política general, también, de cuáles son los riesgos ambientales de la sociedad. Ahora bien, el contenido de esta obligación de identificación de riesgos se vincula con la elaboración de una política general o estratégica de gestión de riesgos, sin que ello excluya la existencia de otros sujetos a los que les corresponda la específica gestión de esos riesgos.

Asimismo, de conformidad con la LSC, el Consejo de administración, en el marco de sus facultades de autoorganización, puede constituir en su seno comisiones especializadas (art. 529.1 terdecies), sin perjuicio de que también debe «constituir, al menos, una comisión de auditoría y una comisión, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones, con la composición y las funciones mínimas que se indican en esta Ley» (art. 529.2 terdecies LSC). Precisamente, y sobre la base de su Principio 23, las Recomendaciones 52 a 54 del CBG describen las reglas de composición y funcionamiento de estas comisiones especializadas, así como sus funciones. En concreto, la Recomendación 54 especifica las siguientes funciones mínimas de dichas comisiones especializadas. A saber: «a) La supervisión del cumplimiento de las reglas de gobierno corporativo y de los códigos internos de conducta de la empresa, velando asimismo por que la cultura corporativa esté alineada con su propósito y valores; b) La supervisión de la aplicación de la política general relativa a la comunicación de información económico-financiera, no financiera y corporativa, así como a la comunicación con accionistas e inversores, asesores de voto y otros grupos de interés. Asimismo se hará seguimiento del modo en que la entidad se comunica y relaciona con los pequeños y medianos accionistas; c) La evaluación y revisión periódica del sistema de gobierno corporativo y de la política en materia medioambiental y

social de la sociedad, con el fin de que cumplan su misión de promover el interés social y tengan en cuenta, según corresponda, los legítimos intereses de los restantes grupos de interés; d) La supervisión de que las prácticas de la sociedad en materia medioambiental y social se ajustan a la estrategia y política fijadas; y e) La supervisión y evaluación de los procesos de relación con los distintos grupos de interés».

De este modo, y desde la perspectiva de una única sociedad, sí cabe afirmar que, dentro del propio órgano de administración tiene lugar una delegación de funciones. En concreto, el Consejo de administración sería el delegante que traspasa funciones en materia de gestión de la diligencia debida a la comisión de auditoría o a una comisión delegada especializada en materia de sostenibilidad (115). A partir de aquí, esta se deberá ocupar, entre otras funciones, de supervisar que las prácticas de la sociedad en materia medioambiental se ajusten a la estrategia y política general fijadas por el órgano de administración. La cuestión es qué ocurre con el cumplimiento y supervisión de las funciones de diligencia debida (ambiental) cuando estamos en el marco de un grupo de empresas.

En general, cuando se alude a los sistemas de gestión de riesgos en los grupos empresariales, sin perjuicio de que existan políticas generales de riesgo, se entiende que cada una de las sociedades filiales debe procurarse de una identificación específica de sus actividades de riesgo y dotarse de los protocolos adaptados a su organización (116). Asimismo, la matriz del grupo debe dotarse de un modelo organizativo que «incluya una delimitación rigurosa del perímetro del grupo y que ponga de relieve las relaciones contractuales existentes entre las empresas del grupo y los flujos financieros intragrupo» (117), así como otros procedimientos centralizados (118). De este modo, desde la perspectiva sistemática de la gestión de riesgos empresariales, parece que en la sociedad matriz se concentra la responsabilidad principal de la dirección y orientación de las líneas generales del sistema

(115) Es más, en función de las dimensiones de la empresa, también podría admitirse que el órgano de administración delega en la persona que ocupa la posición de director/a general dichas funciones de gestión social de la empresa. De este modo, según SILVA SÁNCHEZ, 2025 a), *op. cit.,* 11/102, p. 814, el administrador pasaría a ocupar una posición de garantía secundaria.

(116) *Vid.,* AMARELLI, G., «Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Cap. I Sezione I. Art. 1.- Soggetti», en Castronuovo, D./De Simone, G./Ginevra, E./Lionzo, A./Negri, D./Varraso, G. (coords.), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 36.

(117) AMARELLI, *op. cit.,* p. 36.

(118) De NOTA, G., «La responsabilità amministrativa da reato degli enti nei gruppi di società», *Giurisprudenza penale*, 2016, pp. 6-7.

de *compliance*. En esta medida, ello se sumaría a las que constituyen las funciones de la dirección unitaria.

5.2.2 Los escenarios de la posible delegación de las obligaciones de diligencia debida entre la matriz y la filial

En el marco del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida ambiental establecidas en la Directiva (UE) 2024/17601, se suscita el interrogante acerca de si cabe hablar de la existencia de una delegación desde el órgano de administración de la matriz hacia el órgano de administración de la filial. A estos efectos, conviene retomar una cuestión ya apuntada a propósito de lo dispuesto en diferentes artículos de la Directiva (UE) 2024/17601 (especialmente, artículos 5.2 y 6 y Considerando 21). Así, de la lectura conjunta de estas previsiones creo que cabe aludir a diferentes escenarios relevantes respecto del posible recorrido de la delegación de la debida diligencia entre la sociedad matriz y sociedad filial. Estos escenarios son los siguientes:

1.º *La sociedad matriz y la sociedad filial son ambas sujetos obligados.* En este caso, las obligaciones de diligencia debida son originariamente de ambas. Ahora bien, la empresa matriz puede cumplirlas también en nombre de sus filiales. Aun así, son las filiales, en tanto titulares de las obligaciones, las que continuarán sujetas a la autoridad de control y al régimen de responsabilidad civil. Traducido esto en clave de delegación de funciones, podría decirse que sería la filial la que delegaría en la matriz el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida, sin perjuicio de que, al no tratarse de una transmisión sino de un traspaso de competencias, la filial mantendría una serie de deberes residuales. Ahora bien, esta posible «delegación invertida» parece que no podría tener acomodo en un grupo de empresas organizado tendencialmente de manera centralizada o con una fuerte dirección unitaria, pues en esta clase de grupos sería la sociedad matriz la que ciertamente ostentaría deberes de supervisión frente a la gestión de sus filiales y no a la inversa.

En lo que respecta a la filial, sus obligaciones de diligencia debida y las funciones que su cumplimiento comporta no derivan de una delegación realizada desde la matriz, sino que es con base en sus propias condiciones financieras y operativas por lo que es sujeto obligado. No obstante, en una organización constituida como grupo de empresa, esta independencia formal respecto de la titularidad de las obligaciones de diligencia debida de una sociedad que es también filial, puede colidir con razones de eficacia en el seno de la

organización grupal. Podría decirse que esta interconexión entre la matriz y la filial respecto del cumplimiento efectivo de las obligaciones de diligencia debida es una forma de estrechar el acoplamiento entre los sistemas de gestión de cada persona jurídica (119). De ahí que, en este caso, y sobre la base de las facultades autoorganizativas en el grupo, o bien se trata de que la filial traspasa (una parte de) sus obligaciones de diligencia debida a la matriz, o bien esta última bloquea –en tanto titular de un ámbito de control o dirección unitaria– el marco de autonomía de gestión de la filial. Sin embargo, la previsión de que la filial continúa estando sujeta a la autoridad de control y, en su caso, a satisfacer la responsabilidad civil derivada de los efectos adversos o daños causados, indica que, de alguna forma, es conveniente que la filial, a través de su órgano de administración, mantenga unos deberes de supervisión respecto de la gestión o cumplimiento que haga la matriz en su nombre. Esto será de especial relevancia práctica cuando los miembros del órgano de administración de la filial no coincidan con los correspondientes de la sociedad matriz (120).

En todo caso, el cumplimiento de las obligaciones de diligencia por parte de las matrices y en nombre de las empresas filiales está sujeto a cinco condiciones. A saber: (i) que la filial y la matriz se faciliten mutuamente toda la información necesaria y cooperen para cumplir sus obligaciones; (ii) que la filial cumpla la política de diligencia debida de su matriz; (iii) que la filial integre la diligencia debida en todas sus políticas y en todos sus sistemas de gestión de riesgos, describiendo claramente qué obligaciones debe cumplir la matriz y, cuando sea necesario, informando de ello a las partes interesadas pertinentes; (iv) en caso necesario, que la filial siga adoptando medidas adecuadas de conformidad con los artículos 10 y 11 y siga cumpliendo sus obligaciones en virtud de los artículos 12 y 13; v) cuando proceda, que la filial solicite garantías contractuales de un socio comercial directo, de un socio comercial indirecto y, en su caso, suspenda temporalmente o ponga fin a la relación comercial.

2.º *La sociedad matriz es sujeto obligado, no en cambio la sociedad filial.* Aunque la filial no esté incluida bajo el alcance de la

(119) Sobre la distinción en el ámbito de la teoría organizacional entre los sistemas de acoplamiento débil o laxo (*loose coupled*) y los sistemas de acoplamiento estrecho (*tightly coupled*), Weick, K. E., «Educational Organizations as Loosely Coupled Systems», *Administrative Science Quarterly,* Vol. 21, núm. 1, 1976, pp. 3-7.

(120) Para que esto tenga sentido también sería necesario que los sujetos nombrados como representantes ante la autoridad de control fueran sujetos independientes y pudieran velar por los intereses de la filial que, en su caso, los hubiera contratado, sin que fueran los mismos que los de la empresa matriz.

Directiva (UE) 2024/1760, la sociedad matriz, para cumplir con sus obligaciones de diligencia debida, debe igualmente tener en cuenta los riesgos de las operaciones de la filial. Así, el terreno sobre el que se proyectan las obligaciones de diligencia debida de la matriz no se reduce al que puedan representar los riesgos de sus propias actividades u operaciones, lo que supone una ampliación de los deberes de diligencia que incumben a la empresa matriz y, de ahí, a su órgano de administración. Con ello, se refuerzan los deberes de información de la matriz respecto de las actividades de su filial, aunque esta no sea un sujeto obligado. Y estos deberes no los ostenta la matriz porque sea, en este caso, la delegante originaria, sino que su fundamento estriba en sus propias competencias de gestión estratégica (dirección unitaria) dentro del grupo empresarial. No se tratan, pues, de deberes residuales sino de deberes originarios vinculados a su posición en el grupo.

3.º *La sociedad matriz no es sujeto obligado, pero sí lo es la sociedad filial.* Pese a que la sociedad filial mantiene el derecho de compartir recursos e información dentro del grupo –y, de este modo, sería posible incluso que la matriz fuera destinataria de información sobre incumplimientos de la filial en materia de diligencia debida– (121), la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida recae, cuando menos formalmente, solamente en la filial. Otra cuestión es que, sobre la base de sus facultades de autoorganización, desde la sociedad matriz se establezca igualmente alguna comisión especializada para la supervisión del cumplimiento de aquellas obligaciones por parte de las filiales. Si esto es así, esta función de supervisión tampoco tendría su origen en una delegación previa de la diligencia debida desde la sociedad matriz a la filial, sino en las propias competencias de gestión general de la sociedad matriz.

En suma, conforme a estos escenarios, la delegación de funciones, cuando menos en su entendimiento clásico, no tiene mucho recorrido en el marco del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de la matriz y filiales del grupo. Pese a la independencia jurídica de las sociedades, el cumplimiento y adecuada gestión de las obligaciones de diligencia debida ambiental organizacional se vincula, más bien, con las competencias necesarias para la gestión unitaria del grupo. En este sentido, es en el órgano de administración de la matriz en el que se personalizan estas obligaciones y que, en su caso, se erige como el principal responsable.

(121) Algo que, en el marco de las empresas españolas y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero es perfectamente factible.

5.3 **La delegación de funciones en el plano de la gestión operativa**

Ya se ha mencionado que la diversidad de grupos de sociedades dificulta una respuesta única o generalizable respecto de la distribución de los ámbitos de competencia. Ahora bien, más allá del alcance limitado de la delegación de funciones en el nivel de la gestión estratégica, aquí se analiza si acaso tiene sentido utilizar la fórmula de la delegación para la delimitación de esferas de competencia respecto de la gestión operativa que se realice en la filial desde la que se cometa el delito ambiental. Y, en concreto, qué papel puede tener el administrador de la sociedad matriz en esta clase de delegación.

De entrada, aunque formalmente exista autonomía jurídica de cada una de las sociedades que conforman el grupo, puede ser que la dinámica real, derivada de las facultades de autoorganización empresarial, prevalezca sobre aquel aspecto legal. Esto es, la delegación de funciones, en tanto técnica transformadora de las esferas de competencia materiales, puede traspasar las fronteras de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades y centrarse en lo que supone la distribución material de competencias en una organización empresarial compleja como es un grupo. En esta medida, la realidad empresarial nos muestra que los miembros de un grupo empresarial pueden estar realizando su trabajo sin tener presente en su día a día que su colega de la mesa de enfrente trabaja para otra de las sociedades del grupo. Esto, incluso, puede darse en un sentido vertical, siendo este el caso de un sujeto que es destinatario de instrucciones que provienen de diferentes superiores quienes, a su vez, se vinculan formalmente con distintas sociedades del grupo. Esta clase de situaciones pueden ser habituales en grupos de empresas (nacionales) en los que, si bien cada sociedad tiene una actividad económica propia y diferenciada, dicha actividad confluye en la realización de un mismo objetivo empresarial. Pensemos, por ejemplo, en los grupos de empresas dedicados a la ejecución de obras e infraestructuras públicas.

Con todo, una cuestión distinta es la de si el administrador de la sociedad matriz es el competente originario para delegar funciones de naturaleza operativa en alguna de sus sociedades filiales, si mantiene deberes residuales respecto de la actividad delegada y, de ahí, si las actuaciones del delegado o subordinado se mantienen «en el propio círculo de organización del delegante» (122). En términos generales, creo que este escenario es descartable. El ámbito funcional del administrador, ya sea el de una sociedad matriz o el de una sociedad única,

(122) Utilizando esta expresión, Peñaranda Ramos, 2016, *op. cit.,* p. 273.

no se despliega como propio en el marco de la toma de decisiones respecto del desarrollo de una determinada actividad operativa de la empresa. Esto es, especialmente si nos fijamos en un grupo de empresas, las funciones del administrador o de la alta dirección de la matriz enfocadas al negocio de las filiales consistirán en el estudio y preparación de las estrategias empresariales, en la planificación de los porcentajes de beneficios y de las cuotas de producción esperables o, en lo que aquí interesa, en la planificación de las medidas de prevención de los efectos adversos ambientales. Aunque los miembros de las distintas sociedades afiliadas deban seguir las instrucciones generales de la dirección unitaria, la elección de los medios para alcanzar los objetivos específicos está en manos de las personas directivas que gestionan las divisiones o áreas operativas de cada sociedad (123). En esta medida, y a no ser que estemos ante una situación de, por ejemplo, un grupo de empresas fuertemente centralizado tanto a nivel estratégico como operativo, en el que el administrador o miembro de la alta dirección de la matriz sea, a su vez, un directivo de alguna de las áreas operativas de la sociedad filial, creo que no cabe atribuir a los administradores de la matriz deberes residuales de control derivados de una delegación de funciones en relación con las actuaciones operativas específicas que se desarrollen por los miembros de la filial.

En esta medida, a mi juicio, no cabría afirmar que el administrador de la sociedad matriz ostenta una posición de garantía secundaria o residual, fundamentada en la existencia de una delegación de las funciones operativas, respecto de la evitación del delito cometido por el directivo de la sociedad filial.

5.4 **La delegación de la sociedad matriz a su órgano de administración**

Como se ha indicado al inicio, el enfoque principal de este trabajo es la delimitación de las esferas de responsabilidad individual. Sin embargo, la propia Directiva (UE) 2024/1760 –modificada por la Directiva (UE) 2026/470– establece que las destinatarias de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y el medio ambiente son determinadas empresas (*vid*. arts. 1 y 2). De este modo, es en la propia organización y, como hemos visto, especialmente en la sociedad matriz, en la que recae la obligación legal de cumplir con esas obligaciones. Como se ha analizado, estas obligaciones de diligencia debida suponen la asunción de ciertas funciones ini-

(123) Scaroina, *op. cit.,* p. 238.

cialmente relacionadas con la obtención de información sobre los riesgos o efectos adversos que permitan a las empresas adaptar sus sistemas de gestión, adoptar medidas preventivas que minimicen o neutralicen los efectos adversos y, por último, también la adopción de medidas de reparación. Cabría afirmar que es la propia organización la que se instituye como garante, pues es la que asume el compromiso genérico de configurar su estructura organizativa de modo que se puedan contener ciertos focos de riesgo (efectos adversos potenciales y reales) para el medio ambiente (124).

Ahora bien, en tanto que la materialización del cumplimiento de esas obligaciones requiere de la intervención de ciertas personas físicas que actúen en nombre de la sociedad (matriz), podría afirmarse que los administradores son los sujetos delegados por la organización para este cometido. Así, el administrador que asume su cargo en una empresa destinataria de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, se compromete también a desarrollar sus funciones con base en el cumplimiento del contenido de esas obligaciones. Sin embargo, a mi juicio, esto todavía no determina que el administrador asuma un compromiso de contención de riesgos específico (125). Para ello, y en aras de evitar una ampliación excesiva de su responsabilidad penal, es necesario que concurran otros elementos.

VI. ¿RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADMINISTRADOR DE LA MATRIZ POR LOS DELITOS COMETIDOS DESDE LA FILIAL?

6.1 **Cuestiones generales**

Que el desarrollo de la actividad empresarial de un grupo de empresas sea considerado un riesgo –en tanto que de ella puedan derivarse efectos lesivos para terceros– y que su desarrollo tenga que sujetarse a determinadas condiciones de permisión, es algo que puede

(124) Respecto de la problemática de las organizaciones garantes, Silva Sánchez, 2025 a), *op. cit.,* 11/103-104, pp. 814-815.

(125) De otra opinión, Silva Sánchez, 2025 a), *op. cit.,* 11/106, p. 771, considerando que «para que los miembros de una organización garante sean sujetos de delitos de comisión por omisión no es preciso que realicen actos específicos de asunción del compromiso de contención de riesgos concretos. Por el contrario, basta con que asuman su posición en la estructura de la empresa, mediante el contrato de trabajo, su horario y las obligaciones inherentes».

vincularse con la consideración de ese riesgo como algo de la propia estructura o sistema organizativo en el que se basa el funcionamiento de la empresa. Desde esta perspectiva, el empresario (persona física o jurídica), en tanto titular de la gestión, tiene que mantener y controlar ese riesgo (126). Cuando, además, en el marco del despliegue operativo de alguna de las actividades empresariales en las que se concreta la actividad del grupo se deriva la comisión de un hecho delictivo, puede resultar muy difícil la individualización de la/s responsabilidad/es penal/es de las diferentes esferas de organización que interactúan. En los supuestos de criminalidad de empresa esta problemática se agudiza hasta el punto que incluso parece que pierde relevancia la delimitación entre causalidad e imputación objetiva (127). Al respecto, desde la doctrina italiana se ha señalado que «la presunción de la existencia de un interés de grupo superior e inmanente al de las sociedades que lo integran conduce a degradar el alcance del criterio de imputación objetiva, induciendo a una corresponsabilidad indiscriminada de las sociedades del grupo incluso en los casos en los que la comisión del delito no sea manifestación de un interés directo de cada una de ellas» (128). Si ello se traslada al terreno de la responsabilidad individual, aunque se acepte que los riesgos ambientales son riesgos vinculados con la propia creación de la empresa (129), ello no significa que de la no evitación de un delito ambiental tenga que responder siempre el órgano de administración en tanto garante que asume la gestión de aquella (130). Antes de la decisión respecto de la concreta calificación

(126) Señala Silva Sánchez, 2022, *op. cit.,* p. 120, el sujeto que gestiona el riesgo (creado por él o que tiene que mantener) de un determinado ámbito de actividad, se encuentra en posición de garante por asunción.

(127) Sosteniendo que, incluso en los casos relacionados con la atribución de responsabilidades dentro de la empresa, los instrumentos dogmáticos del Derecho penal son adecuados, Fischer, 2022, pp. 404-406.

(128) Scaroina, *op. cit.,* p. 225. De este modo, según esta autora, «la unidad de la empresa no convierte al grupo en un centro de imputación de la gestión de la empresa que, por el contrario, y en virtud del principio de autonomía jurídica de cada sociedad perteneciente al grupo, debe imputarse a los miembros de los órganos de administración de cada sociedad de conformidad con las normas de Derecho común de sociedades y los principios generales que rigen la responsabilidad penal», p. 229.

(129) En este sentido, Lascuraín Sánchez, 2014, *op. cit.,* p. 316, refiriéndose a la terminología acuñada por la doctrina alemana sobre «hechos vinculados al establecimiento *(betriebsbezogene Tat)*» o «hecho vinculado a la empresa *(unternehmensbezogene Tat)*», p. 315. También, Dopico Gómez-Aller, 2014, *op. cit.,* p. 342.

(130) La cuestión que aquí se discute no es, por tanto, si el administrador ostenta una posición de garantía. Sobre ello, estaría de acuerdo con lo que señala Peñaranda Ramos, 2008, *op. cit.*, p. 182; el mismo, 2016, *op. cit.,* pp. 270-271, respecto a su fundamentación. Esto es, que esta posición del titular de la gestión de la empresa surge «como contrapartida de la libertad fundamental de que goza para orga-

de la intervención del sujeto en un determinado hecho delictivo es necesario analizar cuál era el contenido específico de los deberes vinculados al ámbito de competencia propio y su relación con el caso concreto (131).

Sobre la base de lo analizado en los apartados anteriores, no parece que la delegación de funciones sea un criterio fructífero para sustentar la atribución de responsabilidad penal del administrador de la sociedad matriz por el delito ambiental cometido a través de la actuación de los miembros de una de sus filiales. Sin embargo, también se ha podido comprobar que, a la luz de la Directiva (UE) 2024/1760, la sociedad matriz –y, de forma delegada, su administrador– se erige como titular de obligaciones de diligencia debida (ambiental) que, en función del escenario de riesgo, pueden ampliarse más o menos. La premisa de la que se parte en este trabajo es que el delito ambiental se produce como resultado de una mala gestión operativa. En este sentido, y a propósito de las tendencias ya mencionadas en materia de gobernanza, ya no cabe afirmar que la adecuada gestión del riesgo ambiental esté solamente en manos del que sea el/los competente/s de la gestión operativa, sino que también alcanza al competente de la gestión estratégica o general. De ahí, la hipótesis es que el delito ambiental se ha cometido a través de un grupo empresarial en el que, aunque exista cierta sistematicidad organizativa promovida desde la sociedad matriz (132), es probable que además existan diferentes centros de decisión que convivan con la dirección única y que lo hagan con cierta autonomía organizativa. Asimismo, la solución a la que se llegue tampoco puede obviar las características propias de los delitos ambientales que, siendo un gran exponente de lo que es la legislación penal económica, se caracterizan por rasgos como la accesoriedad, la globalización, la anticipación de las barreras de protección penal –a

---

nizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés» y que, como reverso a esa libertad, está su responsabilidad «por que la propia esfera de actividad quede organizada de tal forma que de ella no se desprendan riesgos irrazonables de daño para terceras personas». En la misma línea, Lascuraín Sánchez, 2014, *op. cit.,* p. 305.

(131) De hecho, ya se pronunciaba así Peñaranda Ramos, 2008, *op. cit.,* p. 179: «la consideración de un sujeto como autor o partícipe es, también en la comisión por omisión, una cuestión diferente de la mera fundamentación de la responsabilidad por el hecho realizado y exige, por tanto, una justificación separada». En el mismo sentido, Robles Planas, 2012, *op. cit.,* p. 8.

(132) En este sentido, Vioque Galiana, *op. cit.,* entiende que las empresas matrices «asumen un deber reforzado de organización y control» que, en «virtud de su capacidad de estructuración e influencia, son las auténticas gestoras del riesgo», p. 649. En mi opinión, que sean las gestoras del riesgo no las convierte en responsables o, cuando menos, no en las principales responsables, por la no evitación de cualquier delito.

través de su configuración como delitos de peligro– y, de especial relevancia, por la lógica de la acumulación y la problemática que ello puede suponer para la configuración de responsabilidades individuales (133).

Con todo ello, y pese a las interferencias imaginables del administrador de la sociedad matriz en el desarrollo de la actividad de la filial desde la que se ha cometido el delito ambiental (*vid*. aptdo. III), una separación de los ámbitos de competencia que atienda a sus concretas potestades de gestión es un aspecto muy relevante a los efectos de la concreción de su posible conducta típica. Pese al cada vez más amplio alcance de las obligaciones de diligencia debida del administrador también en relación con el desarrollo de la actividad empresarial y, de ahí, sus cada vez más vías de obtención de información sobre la existencia tanto de efectos adversos potenciales como reales, los planos de incidencia en el foco de riesgo que puede llegar a constituirse en delito son distintos. Esto es, si bien sus comportamientos infractores podrían incidir finalmente en el delito ambiental, se podrían desglosar, a su vez, en hechos de injusto diferenciados (134).

---

(133) En efecto, como señala Silva Sánchez, J. M., «La legislación penal económica», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), Robles Planas, R. (coord.), *et. al.*, *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial* 2.ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, p. 52, en los casos de ilícitos de acumulación, «no se puede hablar de un único hecho sobre el que recaen varias aportaciones, sino de una pluralidad de hechos». Así, continúa, sucede que la «dispersión en el espacio y en el tiempo de las conductas integradas en la relación de acumulación (en el comportamiento masivo) impide hablar razonablemente de un hecho y de un riesgo al que se ha contribuido».

(134) En este sentido, señalan Silva Sánchez, J. M., Montaner Fernández, R., «Capítulo II. Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles», en Silva Sánchez, J. M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Bdef, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2013, que, en términos generales, «el compromiso originario que asume el administrador-empresario en cuanto a la organización diligente de su empresa es demasiado genérico como para fundamentar su responsabilidad penal en comisión por omisión por los delitos cometidos a partir de su empresa. Para ello sería necesario constatar, entre otros aspectos, un vínculo de imputación objetiva entre la actuación del administrador y la producción del resultado delictivo. En este sentido, conviene señalar que aun estando en posesión de deberes jurídicos de control, éstos no son ilimitados. Ahora bien, en algunos supuestos es cierto que la realización delictiva se explica por una carencia organizativa proveniente del ámbito de competencia de la administración general de la empresa. Si esto es así, la infracción del empresario no es, a efectos de imputación, independiente del delito de su subordinado. (...) En esta medida, cobra sentido la posibilidad de responsabilizarlo en comisión por omisión –aunque sea por un actuar precedente– por el delito cometido por el directivo. Aun así, las dificultades de prueba en torno a la constatación de la intervención, aunque sea en comisión por omisión, del administrador o superiores jerárquicos en la realización delictiva conducen a plan-

6.2 **Trascendencia penal de la infracción de las obligaciones de debida diligencia ambiental**

Existen varias normas jurídicas que aluden a los deberes de diligencia de los administradores. Este es el caso de los artículos 225 y 226 LSC (135), que se refieren al deber general de diligencia y a la protección de la discrecionalidad empresarial, respectivamente. Entre otros aspectos, de aquí se deriva la obligación legal de los administradores de tomar las «medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad» (art. 225.2 LSC). Entre las medidas requeridas para llevar a cabo una buena administración, actualmente estaría la toma en consideración de los ya referidos criterios ESG y, de ahí, la detección, evaluación, prevención, mitigación, minimización, eliminación y, en su caso, reparación de los daños ambientales. A su vez, la realización de estas tareas conlleva la adquisición de información relevante para poder cumplir de manera diligente con los deberes propios de la gestión general de la empresa (136).

Ahora bien, como ha señalado la doctrina, este deber de administrar con la diligencia de un ordenado empresario parece que se enfoca, principalmente, a la gestión de una única sociedad, sin que se explicite su eventual extensión hacia la gestión de las filiales (137). Es más, aunque este alargamiento pueda admitirse con base en la existencia de una dirección unitaria en los grupos, esta obligación del administrador de la matriz se vincularía con una posición de garante demasiado genérica que, a mi juicio, no sería suficiente para fundamentar su responsabilidad por la no evitación de un delito ambiental cometido desde una actividad operativa de la filial (138). Aunque el administrador de la matriz ostente deberes de diligencia enfocados también a la prevención de riesgos ambientales, ello no significa que su sola infrac-

---

tearse la oportunidad de introducir un precepto penal incriminador de la sola infracción de los deberes de vigilancia», pp. 111-112.

(135) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

(136) Aunque ello desborde el objetivo de este trabajo, las obligaciones respecto de la información no financiera es algo que se aborda por la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, también, por cierto, sujeta a las modificaciones de simplificación de la Directiva (UE) 2026/470. Sobre las posibles consecuencias penales en relación con la gestión irregular de esta información, *vid.,* Montaner Fernández, 2025, *op. cit.,* pp. 253-264; Valverde Cano, A. B, «El falseamiento de la información sobre sostenibilidad: relevancia penal y responsabilidad de los verificadores», *RDPC*, 3.ª Época, núm. 33, 2025, p. 257 y ss.; Vioque Galiana, *op. cit.,* pp. 640-647.

(137) Blanco Cordero, *op. cit.,* p. 9.

(138) En el mismo sentido, Blanco Cordero, *op. cit.,* pp. 9-10.

ción suponga un título habilitante para su responsabilidad penal en comisión por omisión. Entre otros aspectos, desde la perspectiva de, por ejemplo, el delito de contaminación ambiental del artículo 325 CP, esa responsabilidad no solamente requeriría la existencia de un riesgo para el bien jurídico protegido, sino también constatar que el administrador tenía capacidad para realizar una conducta que, cuando menos, disminuyera la probabilidad de producción de ese concreto riesgo y, en fin, que le era exigible realizarla (139).

Es cierto que el ejercicio de la diligencia debida ambiental no es algo estanco en el nivel de la gestión estratégica, sino que fluye y debería concretarse en el modo en que se desarrollan las actividades operativas de las que son competentes otros sujetos. De este modo, no puede afirmarse que exista una completa separación entre, por un lado, los riesgos que se derivan de una inadecuada gestión de las obligaciones estratégicas o generales y, por otro lado, de los riesgos que se derivan de una gestión incorrecta de las obligaciones operativas. Sin que suponga excluir la existencia de sujetos titulares de ámbitos de competencia operativos específicos, la esfera de organización del administrador social de la matriz sobrevuela y se acumula con la de aquellos como consecuencia de las exigencias en materia de diligencia debida ambiental. En otras palabras, el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte del administrador de la matriz podría entenderse como una conducta desencadenante del mal funcionamiento de un contexto peligroso que, en un futuro más o menos próximo, puede utilizarse por parte de un tercero/s autorresponsable/s que, infringiendo también su propia esfera de competencia, cometa/n el delito ambiental. Esto, en mi opinión, nos aproxima a una estructura de «injerencia organizacional» (140), pues parece que esta se relacionaría más bien con la creación de un entorno empresarial defectuoso o peligroso que propicia el incumplimiento autorresponsable por parte de terceros de lo que se deriva finalmente la afectación a bienes jurídicos y no con una «co-organización» del riesgo concreto (141). De este modo, el incumplimiento de la diligencia debida ambiental del administrador de la sociedad podría ser, más bien, un criterio para fundamentar, en los casos más graves de déficits organi-

(139) Sobre los diferentes elementos de la situación típica de la comisión por omisión, por todos, Silva Sánchez, 2025 a), *op. cit.,* 11/69-81, pp. 799-804.

(140) En sentido similar, Pérez Cepeda, A. I., «La posible dimensión penal de la Directiva sobre diligencia debida y sostenibilidad», en Demetrio Crespo, E./Sanz Hermida, A. M. (dirs.), De la Cuerda Martín, M./García de la Torre García, F. (coords.)*, Derecho penal económico, legal tech y teoría del delito*, Valencia, 2025, p. 136.

(141) Así, Miró Estradé, *op. cit.,* pp. 13-14.

zativos, la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, en este caso, de la sociedad matriz garante originaria del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida (142). Con todo, el castigo de esta omisión de la propia organización que, a través de sus administradores, infringe sus deberes de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, también requeriría la creación de *lege ferenda* de un tipo penal específico (143). Más allá de ello, sin embargo, es posible imaginarse algunos escenarios excepcionales que abren la posibilidad de fundamentar la responsabilidad individual de los administradores.

Es cierto que la gran mayoría de las medidas vinculadas con el proceso de diligencia debida ambiental (*vid*. *supra* apdo. 4.3) se enfocan en la gestión estructural del riesgo en la organización global. En la terminología de *compliance*: son medidas que responden a un marco de referencia genérico de los riesgos ambientales y no, en cambio, a un marco de referencia específico. Las medidas de integración de la diligencia debida en políticas y protocolos, los ejercicios exploratorios de la evaluación de riesgos e, incluso los planes de acción de mejora y las cláusulas contractuales, son medidas de prevención transversales que, más que la prevención de un concreto riesgo ambiental delictivo, pretenden configurar un contexto de gestión sujeto a unas condiciones generales de prevención. Dicho de otro modo, las competencias del administrador de la matriz no se dirigen al aseguramiento de un foco de peligro concreto o idóneo para el bien jurídico medio ambiente, sino al mantenimiento de las condiciones organizativas y estructurales necesarias para mantener a la empresa en el marco de lo permitido. Se trata, por tanto, de una diligencia enfocada a la gestión estructural de un contexto empresarial genéricamente peligroso que, a su vez, puede envolver los actos de irrogación lesivos infligidos por terceros (144). No obstante, y como se ha indicado anteriormente, también pueden formar parte de las obligaciones de diligencia debida

(142) En este mismo sentido, partiendo de la necesidad de una categoría intermedia u omisión mixta entre la omisión propia y la impropia, VIOQUE GALIANA, *op. cit.,* pp. 652-658. Según este autor, la diligencia debida «impone una responsabilidad organizativa continua y proporcional, en función de la posición de la empresa en la cadena de valor, su capacidad de influencia y el nivel de riesgo implicado», p. 653.

(143) Sobre las diferentes propuestas al respecto, VIOQUE GALIANA, *op. cit.,* pp. 658-718.

(144) De este modo, el foco de peligro desde el que se genera el curso lesivo para el medio ambiente no estaría en manos del administrador de la matriz sino, en su caso, del titular de la actividad de riesgo que se desarrolla desde la filial. Respecto de esta concepción de la irrogación de daños en el marco de la teoría de la injerencia, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2006, *op. cit.,* p. 786.

ciertas actuaciones de neutralización o minimización de riesgos o efectos adversos. Eso se prevé por la Directiva (UE) 2024/1760 en el caso en que se esté ante efectos adversos reales para el medio ambiente.

En esta situación, cabría aludir a un avance en la concreción del riesgo potencialmente relevante para la modificación de la posición de garantía genérica del administrador de la sociedad matriz (145). A los efectos de su posible tratamiento jurídico-penal, cabe diferenciar dos posibles escenarios:

(i) El administrador de la matriz detecta el riesgo adverso real para el medio ambiente en relación con la actividad de una filial y, no obstante, no adopta las medidas de neutralización correspondientes. Posteriormente, tiene lugar un delito ambiental relacionado con esa misma actividad de riesgo y el administrador no lo evita.

(ii) El administrador de la matriz no detecta el riesgo adverso real para el medio ambiente en relación con la actividad de una filial matriz, aunque debería haberlo detectado, y no se adoptan las medidas de neutralización correspondientes. Posteriormente, tiene lugar un delito ambiental relacionado con esa misma actividad de riesgo y el administrador no lo evita.

Estos dos escenarios nos llevan a la problemática de la relevancia penal de la injerencia o actuar u omitir precedente peligroso del administrador (146). En el caso i), pese al cumplimiento de una medida preventiva inicial en el proceso de diligencia debida, el administrador omite la adopción de las medidas de neutralización exigidas ante la existencia de un riesgo adverso real para el medio ambiente. En este supuesto, hay conocimiento de la existencia de un riesgo adverso real, lo que nos lleva a la consideración de que estaríamos ante un omitir precedente doloso y, tras ello, no se adopta la medida de neutralización pertinente. Además, se parte de que, tras la infracción del deber de neutralización de ese foco de peligro, todavía existe un margen para la evitación de la lesión del bien jurídico protegido. Según la doctrina, en estos casos en los que existe un omitir precedente peligroso doloso y, tras ello, la infracción del deber de salvamento o de amparo es también dolosa, la atribución de responsabilidad en comisión por omisión sería

(145) Señalando la dinamicidad de las posiciones de garantía, Silva Sánchez, 2025 a), *op. cit.,* 11/78, p. 803.

(146) También advirtiendo el escenario de la injerencia, García Albero, R., «Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas», en Gómez Colomer, J. L. (dir.), Madrid Boquín, Ch. M. (coord.), *Tratado sobre* compliance *penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y control*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 294.

dolosa (147). Ahora bien, cabe señalar que estaríamos ante un caso de injerencia que, a su vez, se relaciona con una situación de riesgo (el efecto adverso real para el medio ambiente) creada por un tercero, esto es, el sujeto competente de la gestión del riesgo ambiental operativo en la filial (148). De este modo, la situación de injerencia del administrador se acumula a la propia situación de peligro creada –a través de un comportamiento comisivo u omisivo– de un tercero. Esto, a mi juicio, puede incidir en el que sea el título de intervención en el delito. Si bien no es posible aquí desarrollar esta cuestión, en tanto también requiere la toma en consideración de la compleja diversidad de los grupos de sociedades, el comportamiento injerente del administrador de la sociedad matriz se aproxima, salvo en supuestos de máxima centralización, a las formas de participación (149).

En cambio, en el caso ii), la omisión precedente peligrosa se origina ya en un momento anterior a la adopción de las medidas de neutralización, esto es, en un momento inicial del proceso de diligencia debida en el que el administrador tendría que haber inventariado y evaluado esas operaciones de riesgo. En este caso, pues, la infracción de las obligaciones de diligencia debida consiste ya en que el administrador de la matriz ni siquiera ha llevado a cabo las tareas básicas de identificación de los riesgos de producción de efectos adversos para el medio ambiente en sus propias operaciones o, en caso de que haya asumido el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en la filial, de los riesgos de ésta. Así, parece que estaríamos ante una situación de cierta indiferencia por parte de la sociedad matriz de mantenerse informada respecto de las actividades que se lleven a cabo en el grupo y que puedan resultar lesivas a los intereses de terceros (150). Si bien también podríamos estar ante un supuesto de injerencia por omisión precedente peligrosa, a diferencia del caso anterior sería una omisión precedente imprudente. La cuestión es si en el caso

(147) Silva Sánchez, 2025 a), *op. cit.,* 11/115-116, pp. 819-820.

(148) Respecto de las dos vertientes de usurpación de la autonomía ajena que se plantean en los casos de injerencia, Dopico Gómez-Aller, 2006, *op. cit.,* pp. 788-799.

(149) Sobre esta posibilidad, Silva Sánchez, 2025 a), *op. cit.,* 11/129-131, pp. 826-828.

(150) En este sentido similar, si bien planteándoselo respecto de la responsabilidad por omisión de los superiores (jefes militares) en el marco de la comisión de crímenes internacionales y de la previsión del artículo 28 ECPI, Garrocho Salcedo, *op. cit.,* p. 4. Según esta autora, en este escenario, los superiores serían titulares de deberes impeditivos y, por tanto, se les podría imputar responsabilidad penal en comisión por omisión, *vid.,* pp. 7-8. Desde la perspectiva de la debida diligencia, Vioque Galiana, *op. cit.,* entiende que en la «actitud de indiferencia estructural ante los derechos de los *stakeholders* expuestos a los impactos de una actividad económica globalizada» se hallaría el fundamento del reproche penal a la matriz, *vid.,* p. 655.

en que el administrador advierta posteriormente el peligro de comisión de delito ambiental, podemos atribuirle responsabilidad por la omisión dolosa de la evitación del resultado delictivo. Sin duda, como señala la doctrina, estos son los supuestos más difíciles. Como indica acertadamente Silva Sánchez, en estos casos estaríamos ante omisiones de gravedad intermedia que, de *lege lata*, o bien deberían resolverse optando por la impunidad –en tanto que el legislador no ha previsto expresamente su castigo–, o bien solucionarse admitiendo «a regañadientes» una comisión por omisión pero acompañada de una atenuación cualificada con base en el artículo 21.7.ª CP (151).

En todo caso, a mi modo de ver, la aceptación de la responsabilidad penal en comisión por omisión del administrador de la matriz por la no evitación del delito de la filial es algo que se plantea de modo muy excepcional. En esta medida, además de la concurrencia en el caso concreto de los propios elementos configuradores de la estructura de la comisión por omisión y de la existencia de un efecto adverso real para el medio ambiente, si atendemos al contexto organizativo aquí analizado, deberíamos estar ante un grupo empresarial en el que, más allá de un control estratégico, exista una capacidad de incidencia material por parte del órgano de administración de la matriz en la operativa de la filial. Esto es, como señala la doctrina, también aquí lo que nos debe interesar respecto de la posible responsabilidad de un administrador es si este ha actuado como administrador de hecho en el caso concreto (152) y, especialmente relevante aquí, en relación con las funciones del titular del área de gestión operativa de la que se ha derivado la comisión del delito ambiental. Como se ha visto a lo largo de este trabajo, esta sería una situación fenomenológicamente extraña en el marco de los grupos empresariales, cuando menos en los de naturaleza transnacional.

---

(151) Silva Sánchez, 2025 a), *op. cit.,* 11/118, 11/120. Desde una perspectiva de lege ferenda, otra de las opciones para el tratamiento de estas omisiones de gravedad intermedia sería su tipificación expresa en la Parte especial, *vid*. 11/134. Para Dopico Gómez-Aller, 2006, *op. cit.,* pp. 839-840, otra solución de *lege lata* para algunos de estos supuestos –en concreto, supuestos de participación por injerencia– podría ser acudir al delito de omisión de impedir determinados delitos del artículo 450 CP.

(152) Así, Feijoo Sánchez, *op. cit.,* señala que «lo que interesa es determinar quién ha operado en el caso concreto como administrador de hecho en una empresa, entendido esto en sentido amplio. El administrador de Derecho sólo interesa a efectos de imputación jurídico-penal cuando coincide con lo que el sistema jurídico-penal entiende como un administrador de hecho. Lo decisivo es si lo que establecen las leyes mercantiles se corresponde materialmente con la realidad; es decir, si alguien siendo administrador de Derecho se ha comportado real y materialmente como administrador de hecho con respecto al hecho relevante para el Derecho Penal», p. 39.

Por último, y si bien aquí solamente cabe apuntarlo, esa gestión no diligente del administrador de la sociedad matriz también podría relacionarse con un supuesto de administración desleal. En efecto, como se señala desde una parte de la doctrina, la lesión del patrimonio social también existe cuando los administradores infringen el deber de velar por los intereses de dicha sociedad (153). Con base en el nuevo contexto de gobernanza ambiental y la ampliación de los estándares de diligencia, este podría ser el caso del administrador de la matriz que no gestiona correctamente las medidas de diligencia debida ambiental cuyo incumplimiento, cuando menos con base en la Directiva (UE) 2024/1760, está sujeto a sanciones administrativas y civiles que repercuten en el patrimonio social. En esta medida, la omisión del cumplimiento de esas obligaciones de diligencia debida por parte del administrador, infringiendo así su deber de minimizar o neutralizar los riesgos de terceros ubicados en las filiales, podría suponer un menoscabo patrimonial para la matriz del grupo (154).

VII. CONCLUSIONES

Una de las pretensiones de la Directiva (UE) 2024/1760, ya modificada antes de su transposición por la Directiva (UE) 2026/470, de 24 de febrero de 2026, es asignar a determinadas empresas obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. Si atendemos a las empresas destinatarias, resulta de especial relevancia la toma en consideración de las formas policorporativas o grupos empresariales. Así, con las obligaciones de diligencia en materia de sostenibilidad se promueve un aumento del ámbito de competencia y, de ahí, de adquisición de conocimiento de las empresas matrices respecto de lo que se desarrolla en el marco de sus sociedades filiales, entre otras.

Asimismo, y en coherencia con esta tendencia legislativa europea, las estrategias ESG y otras formas de *soft law* también apuntan hacia la integración de la gestión de los daños ambientales entre los deberes de diligencia de los propios administradores. Como consecuencia de ello, los administradores de las sociedades matrices, en los que recae

(153) Pastor Muñoz, N., y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo artículo 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 121.

(154) Sobre la posibilidad de la comisión del delito de administración desleal por omisión, Pastor Muñoz, Coca Vila, *op. cit.,* pp. 122-125.

de manera delegada la materialización del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, ven ampliado también su ámbito de competencia. Ello hace que, en supuestos de comisión delictiva a través de un grupo empresarial, sea relevante analizar su posible responsabilidad penal por la no evitación del delito. Entre los diferentes escenarios que se plantean en la Directiva (UE) 2024/1760, aquí se ha seleccionado el siguiente supuesto: algún miembro de la filial comete un delito ambiental y el administrador de la matriz infringe sus deberes de diligencia en materia ambiental y no evita el delito. Pese a las diferencias del propio contexto organizativo aquí objeto de análisis, si de lo que se trata es de explorar las posibilidades de atribuir responsabilidad penal individual al administrador de la matriz, se hace necesario prestar atención a los criterios de imputación de responsabilidad penal individual. Uno de ellos es, sin duda, la delegación de funciones.

Con base en el estudio aquí efectuado, si bien la delegación de funciones es una fórmula transformadora de las esferas de competencia de los sujetos, entendida en sentido estricto no es apta para abarcar el dinamismo que puede caracterizar el desarrollo de las actividades empresariales en una organización compleja como es un grupo o empresa policorporativa. Por ello, se hace necesario un examen distintivo de sus posibles escenarios de aplicación. Aquí se ha distinguido en función de, por un lado, su incidencia en el plano de la gestión estratégica y, por otro, en el de la gestión operativa. En este sentido, se entiende que existe una separación material entre las competencias propias de la gestión estratégica que asume la matriz –centrada en las políticas y planes generales de gestión de riesgos– y la gestión operativa que asumen las diferentes filiales del grupo. La traslación de estos criterios al marco de las organizaciones policorporativas nos lleva a descartar, en muchas ocasiones, la operatividad de la delegación de funciones. En el plano estratégico lo que tiene lugar son, más bien, delegaciones invertidas, de manera que el órgano de administración de la sociedad matriz atrae para sí la responsabilidad primaria en el cumplimiento de las obligaciones generales de diligencia debida. En el plano operativo, la problemática principal es que, más allá de las delegaciones en el seno del propio órgano de administración, una concepción estricta de la delegación impide afirmar su trascendencia en relación con los titulares del negocio (y áreas de riesgo) de las filiales. Asimismo, se plantea otro escenario no demasiado explorado de la delegación. Esto es, el que puede tener lugar entre una organización considerada garante y su órgano de administración. En supuestos como el aquí analizado, pese a que la destinataria directa de las obligaciones de diligencia debida sea la sociedad, el administrador que

asume su cargo en ella se erigiría como el sujeto delegado para la materialización, desde la perspectiva de sus funciones como gestor social o general, del cumplimiento de esas obligaciones.

La Directiva (UE) 2024/1760 indica cuáles son las medidas que deben adoptarse en el proceso de diligencia debida en materia de sostenibilidad. La mayoría de ellas apuntan hacia la creación de un sistema de gestión de riesgos que provea al grupo de una estructura de gestión adecuada. Sin embargo, también se prevén una serie de medidas que, especialmente en el supuesto de efectos adversos reales para el medio ambiente, requieren una actuación de neutralización por parte de las empresas obligadas. Son precisamente estos supuestos los más difíciles de valorar desde un punto de vista jurídico-penal, pues son en los que parece que pueden concretarse las posiciones de garantía genéricas que incumben a los administradores.

A mi modo de ver, la regla general es que la sola infracción de los deberes de diligencia debida ambiental por parte del administrador de la sociedad matriz no lo convierte de forma automática en garante de la evitación de los delitos cometidos a partir de la actividad de una filial. Aunque se admita que, con la asunción de su posición, asuma una posición de garantía, esta se relaciona con un compromiso demasiado genérico. De este modo, la fundamentación de su responsabilidad penal individual por la no evitación de un delito ambiental cometido como consecuencia del desarrollo de la actividad de una filial y en una situación en la que, además, el administrador ha infringido sus obligaciones de diligencia debida, es difícil. Además de que se requeriría una incidencia material directa en la operativa de la filial o, en otras palabras, la constatación de una actuación como un administrador de hecho en el caso concreto, en muchas ocasiones se estará ante supuestos de infracción imprudente de las obligaciones de diligencia debida. De ahí que, en caso de que, de *lege lata*, no quepa afirmar su responsabilidad penal por la no evitación del delito ambiental con base en un omitir precedente peligroso, sea necesario explorar otras vías o, incluso, proponer la incorporación de una tipificación expresa para los casos de graves omisiones organizativas de los deberes de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. Desde luego, y pese a que desde algunos sectores de la doctrina así se defiende, la Directiva (UE) 2024/1760 no promueve la creación por parte de los Estados miembros de nuevos tipos penales al respecto. Es más, su modificación y simplificación por parte de la Directiva (UE) 2026/470 incluso limita el alcance de otra clase de responsabilidades jurídicas, como es la responsabilidad civil extracontractual.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABERLE, L., y HOLLE, P. M. (2014): «Aufsichtspflichten im Unternehmensverbund», en Eisele, J., Koch, J., Theile, H. (eds.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 117-136.

AMARELLI, G. (2024): «Decreto legislativo 8 giugno 2001, núm. 231. Cap. I Sezione I. Art. 1.- Soggetti», en Castronuovo, D., De Simone, G., Ginevra, E., Lionzo, A., Negri, D., Varraso, G. (coords.), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, Milano, pp. 19-52.

ANTUNES, J. E. (1999): «The liability of polycorporate enterprises», Connecticut Journal of International Law, Núm. 13(2), pp. 197-232.

BACIGALUPO SAGESSE, S. (2022): «El cambio de paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal», en Gómez Martín, V., Bolea Bardon, C., Gallego Soler, J. I., Hortal Ibarra, J. C., Joshi Jubert, U. (dirs.), Valiente Ivañez, V., Ramírez Martín, G. (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 419-434.

BECKEMPER, K. (2025): «La Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de suministro», en Dopico Gómez-Aller, J./Nieto Martín, A./Muñoz de Morales, M. (dirs.) y Vioque Galiana, L. M. (coord.), *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, Vol. I, BOE, Madrid, pp. 551-565.

BLANCO CORDERO, I. (2025): «Responsabilidad penal del administrador de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el ámbito de las filiales», *Derecho & Sociedad*, núm. 64, 2025, pp. 1-23.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2014): «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Núm. 2, pp. 50-74.

BRAVO URQUIZA, F.; ABAD NAVARRO, y M.ª C., REGUERA ALVARADO, N. (2023): «Doble materialidad y credibilidad de la información sobre sostenibilidad: cuestiones clave y retos actuales», Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, 488, 163-198. https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.18995.

CATINO, M. (2022): *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Il Mulino, Bologna.

CARLOS DE OLIVEIRA, A. C. (2023): «La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio», *La Ley Compliance Penal*, Núm. 12, pp. 1-33.

CICCHIELLO, A. F.; MARAZZA, F., y PERDICHIZZI, S. (2023): «Non-financial disclosure regulation and environmental, social, and governance (ESG) performance: The case of EU and US firms», *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, Núm. 30, pp. 1121–1128.

D'ALESSANDRO, F. (2016): «Delega di funzioni», *Enciclopedia del Diritto*, Annali IX, pp. 241-255.

De Nota, G. (2016): «La responsabilità amministrativa da reato degli enti nei gruppi di società», *Giurisprudenza penale*, pp. 1-10.

De Simone, G. (2024): «Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Cap. I Sezione I. Art. 5.- Responsabilità dell'ente. Profili penalistici», en Castronuovo, D., De Simone, G., Ginevra, E., Lionzo, A., Negri, D., Varraso, G. (coords.), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, Milano, pp. 90-129.

Dopico Gómez-Aller, J. (2006): *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

— (2014): «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control: una aproximación tópica», en Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V. (dirs.), Hortal Ibarra, J. C., Valiente Ivañez, V. (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, BdeF, Buenos Aires–Montevideo, pp. 337-363.

— (2025): «El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos: prohibición y criminalización», en Dopico Gómez-Aller, J., Nieto Martín, A., Muñoz de Morales, M. (dirs.) y Vioque Galiana, L. M. (coord.), *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, Vol. I, BOE, Madrid, pp. 143-169.

Drempetic, S.; Klein, Ch., y Zwergel, B. (2020): «The Influence of Firm Size on the ESG Score: Corporate Sustainability Ratings Under Review», *Journal of Business Ethics*, Núm. 167, pp. 333-360.

Englisch, N. y Basener, N. (2020), «§ 2 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen», en Minkoff, A.; Sahan, O. y Wittig, P., *Konzernstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis,* C. H. Beck, München, 2020, pp. 5-40.

Embid Irujo, J. M. (2024): «¿Qué hacer desde el derecho con los grupos de sociedades?», *Diario La Ley*, núm. 10587, Secc. Tribuna, pp. 1-8.

Feijoo Sánchez, B. (2009): «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret*, Núm. 2, pp. 1-74.

Fisse, B., Braithwaite, J. (1993): *Corporations, Crime and Accountability,* Cambridge Univ. Press.

Fischer, Th. (2022): «Risikomanagement und objektive Zurechnung», en Jahn, M.; Kempf, E.; Prittwitz, C. y Schmitt-Leonardy, Ch., *Wirtschaft - Moral- Strafrecht. Gedächtnisschrift für Klaus Lüderssen seines 90. Geburtstages,* De Gruyter, Berlin-Boston, pp. 397-406.

Frisch, W. (2004): «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», en Frisch, W., y Robles Planas, R., *Desvalorar e imputar*, Atelier, Barcelona, pp. 19-58.

García Albero, R. (2019): «Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas», en Gómez Colomer, J. L. (dir.), Madrid Boquín, Ch. M. (coord.), *Tratado sobre* compliance *penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y control*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 277-298.

Garrocho Salcedo, A. M.ª (2017): «Imprudencia y Derecho penal internacional. Algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *RECPC,* Núm. 19, pp. 1-27.

Gómez Martín, V. (2020): «Delegación de competencias y compliance penal: un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico», *Derecho PUCP*, Núm. 85, pp. 115-138.

González Lillo, D. (2022): «Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente», en Gómez Martín, V., Bolea Bardon, C., Gallego Soler, J. I., Hortal Ibarra, J. C., Joshi Jubert, U. (dirs.), Valiente Ivañez, V., Ramírez Martín, G. (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 629-643.

Lascuraín Sánchez, J. A. (2014): «Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)», en Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V. (dirs.), Hortal Ibarra, J. C., Valiente Ivañez, V. (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, BdeF, Buenos Aires–Montevideo, pp. 301-336.

— (2024): «La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa», en de la Mata Barranco, N.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuraín Sánchez, J. A., y Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 115-173.

Martínez-Buján Pérez, C. (2022): *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Mazzacuva, N./Amati, E. (2023): *Diritto penale dell'economia*, 6.ª ed., Wolters Kluwer, Milano.

Miró Estradé, J. (2024): «El alcance de la responsabilidad penal del Consejo de Administración en el "Caso Bonatti S.p. A." Comentario de la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione Sez. 4 n. 31665/2024, de 5 de julio», *La Ley Compliance Penal*, Núm. 19, pp. 1-27.

Mongillo, V. (2022): «Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo: il disastro di Viareggio», Núm. 4, *Giurisprudenza Italiana*, pp. 953-962.

— (2021): «Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie "prese sul serio"», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali,* Núm. 170, pp. 179-213.

Montaner Fernández, R. (2008): *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona.

— (2025): «La posible responsabilidad penal de las certificadoras y auditoras por violaciones de derechos humanos. Una aproximación desde el compliance penal y a propósito de la directiva europea sobre debida diligencia empresarial», en Dopico Gómez-Aller, J., Nieto Martín, A., Muñoz de Morales, M. (dirs.) y Vioque Galiana, L. M. (coord.), *Verdes y*

justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales, Vol. I, BOE, Madrid, pp. 237-276.

MÜLLER, K. P. (2022): «Zwischen Wettbewerb und Ethik - Die Deutsche Corporate Governance», en JAHN, M.; KEMPF, E.; PRITTWITZ, C., y SCHMITT-LEONARDY, Ch., *Wirtschaft - Moral- Strafrecht. Gedächtnisschrift für Klaus Lüderssen seines 90. Geburtstages,* De Gruyter, Berlin-Boston, pp. 93-99.

NIETO Martín, A. (2025): «No mires arriba: las respuestas del Derecho penal a la crisis climática», en Dopico Gómez-Aller, J./Nieto Martín, A./Muñoz de Morales, M. (dirs.) y Vioque Galiana, L. M. (coord.), *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, Vol. I, BOE, Madrid, pp. 203-236.

NOLAN, J., y FRISCHLING, N. (2020): «Chapter 6. Human rights due diligence and the (over) reliance on social auditing in supply chains», Deva, S./Birchall, D. (dirs.), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Elgar*,* pp. 108-129.

PALOMBO, D. (2024): «Business, Human Rights and Climate Change: The Gradual Expansion of the Duty of Care», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 44, 4, Winter 2024, pp. 889-919.

PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I. (2016): *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo artículo 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona.

PELISSERO, M.; SCAROINA, E., y NAPOLEONI, V. (2020): «Capitolo I. Principi Generali», LATTANZI, G., y SEVERINO, P., *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I., Torino, pp. 71-170.

PÉREZ CEPEDA, A. I. (2019): «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos», *Revista Penal,* Núm. 44, pp. 126-146.

— (2025): «La posible dimensión penal de la Directiva sobre diligencia debida y sostenibilidad», en Demetrio Crespo, E./Sanz Hermida, A. M. (dirs.), De la Cuerda Martín, M./García de la Torre García, F. (coords.)*, Derecho penal económico, legal tech y teoría del delito*, Valencia, pp. 127-157.

PEÑARANDA RAMOS, E. (2008): «Autoría y participación en la empresa», en Serrano-Piedecasas, J. R., Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, pp. 161-186.

— (2016): «Autoría y participación en la empresa», en Corcoy Bidasolo, M./Gómez Martín, V. (dirs.) y Valiente Ivañez, V. (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de* leading cases, Edisofer, Madrid, pp. 235-280.

ROBLES PLANAS, R. (2012): «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret* 2/2012, pp. 1-24.

— (2023): «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), Robles Planas, R. (coord.), *et. al.*, *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2.ª ed., Atelier, Barcelona, pp. 131-178.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (2014): *La libertad del Derecho penal,* Atelier, Barcelona.

SCAROINA, E. (2006): *Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè, Milano.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2013): «Capítulo 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), Montaner Fernández, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 15-42.

— (2013), con FERNÁNDEZ, R.: «Capítulo II. Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer-BdeF, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, pp. 51-152.

— (2022): *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona.

— (2023): «La legislación penal económica», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), Robles Planas, R. (coord.), *et.al.*, *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial,* 2.ª ed., Atelier, Barcelona, pp. 49-74.

— (2025 a): *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid.

— (2025 b): «La erosión de la neutralidad en el Derecho Penal económico: un par de ejemplos», en Faraldo Cabana, P., Brandariz García, J. A., Puente Aba, L. M.ª, Ramos Vázquez, J. A., Souto García, E. M. (coords.), *Un Derecho Penal moderno para una democracia del siglo XXI: Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 739-747.

SIERDOVSKI, M.; PILATTI, L. A., y RUBBO, P. (2022): «Organizational competencies in the Development of Environmental, Social, and Governance (ESG) Criteria in the Industrial Sector», *Sustainability*, Núm. 14, 13463, pp. 1-20 https://doi.org/10.3390/su142013463.

TIRUNEH, W. (2025): «From common law duty of care to statutory mandatory human rights due diligence: the continuing challenge of holding parent companies liable for human rights abuses committed by subsidiary companies», *Human Rights Law Review*, 25, pp. 1-15.

VALBONESI, C. (2023): *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli.

VALVERDE CANO, A. B. (2025): «El falseamiento de la información sobre sostenibilidad: relevancia penal y responsabilidad de los verificadores», RDPC, 3.ª Época, Núm. 33, pp. 251-294.

VÁZQUEZ GARCÍA, M., y MARROQUÍN García, I. (2024): «Sostenibilidad y financiación empresarial. Objetivos y métricas ESG Gobernanza», *Economía Industrial*, Núm. 434, pp. 39-51.

VENTURI, F. (2020): «La Responsabilità Penale e Amministrativa da Reato nei Gruppi di Societa: Gli Incerti Sentieri di Imputazione dei Vertici dell'Impresa di Gruppo tra Agnosticismo, Crisi e Riforma del Diritto Penale (Post)Moderno», *Bocconi Legal Papers*, Núm. 14, pp. 355-389.

VIOQUE GALIANA, L. M. (2026): *Diligencia debida en derechos humanos y responsabilidad penal de las empresas multinacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VIVERO SERRANO, J. B. (2025): «La directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Perspectiva laboral», *Labors*, Vol. 6, Núm. 3, pp. 46-72. https://doi.org/10.20318/labos.2025.10044.

WEICK, K. E. (1976): «Educational Organizations as Loosely Coupled Systems», *Administrative Science Quarterly,* Vol. 21, Núm. 1, pp. 1-19.

WITTIG, P. (2020): «Einleitung. Begriff und Bedeutung des Konzernstrafrechts», en MINKOFF, A.; SAHAN, O., y WITTIG, P., *Konzernstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, C. H. Beck, München, pp. 1-4.

— (2024): «Die ordnungswidrigkeitenrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit für transnationale Rechtsgutsverletzungen in internationalen Lieferketten nach Inkrafttreten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz», NSW 2/2024, pp. 200-216.

YACOBUCCI, G. (2025): *Responsabilidad penal empresarial. La imputación penal al interno de la empresa y a la propia organización*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2022): «Compliance penal, diligencia debida, culpa organizacional: ¿juego de abalorios para la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas?», *La Ley Compliance Penal*, Núm. 10, pp. 1-26.

— (2025): «*Criminal compliance* y funciones del *compliance officer*. Especial atención a la delincuencia medioambiental», Demetrio Crespo, E., Sanz Hermida, A. M. (Dirs.), De la Cuerda Martín, M., García de la Torre, F. (coords.), *Derecho penal económico, legal tech y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 379-422.

Sobre la aplicación actual de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia (LORE) (1) y su evolución desde su entrada en vigor en España

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ (2)
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Huelva

RESUMEN

El presente trabajo analiza, desde una perspectiva técnico-jurídica, las bases de la aplicación de la Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia (LORE) y su evolución desde su entrada en vigor en España. Se examina su consolidación constitucional, el desarrollo de la práctica administrativa a través de las Comisiones de Garantía y Evaluación, así como la progresiva construcción de una doctrina jurisprudencial que ha contribuido a estabilizar el modelo. El estudio pone de relieve la centralidad del principio de autonomía personal como eje interpretativo, junto con el carácter garantista del procedimiento, y aborda las principales cuestiones problemáticas surgidas en la casuística reciente, tales como la objeción de conciencia, los conflictos familiares, la valoración del sufrimiento psíquico y los límites del control jurisdiccional, incluida la reciente ampliación de la legitimación activa de terceros especialmente vinculados para recurrir judicialmente la concesión de la prestación de ayuda para morir. Finalmente, se ofrece una evaluación crítica del sistema, destacando que su principal desafío actual no reside en su legitimidad normativa, sino en su eficacia operativa, condicionada por factores organizativos, formativos y territoriales.

---

(1) Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628).

(2) Núñez Paz, M. Á., «Eutanasia y Estado de Derecho: El caso de Noelia Castillo», en *Europa Sur, Tribuna Abierta, 10-05-2026* (https://www.europasur.es/sociedad/noelia-castillo-eutanasia-estado-derecho-caso-muerte-digna_0_2006296901.html); «La discusión conceptual sobre la eutanasia», Estudios Penales (Fiscalía General del Estado), *Número especial: Fundamentos*

Palabras clave: *Eutanasia; derecho a morir dignamente; autonomía personal; Ley Orgánica 3/2021; bioderecho; control jurisdiccional; objeción de conciencia; sufrimiento psíquico.*

ABSTRACT

This paper examines, from a technical-legal perspective, the foundations of the application of Organic Law 3/2021 regulating euthanasia (LORE) and its evolution since its entry into force in Spain. It analyzes its constitutional consolidation, the development of administrative practice through the Guarantee and Evaluation Com-

---

jurídicos y debate actual sobre el «derecho a morir». Fiscalía General del Estado, Quito, 2024. 32 pp.; «El consentimiento, una vida académica después. Disponibilidad de la vida y Constitución», en *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; Liber Discipulorum Schola Iuris Criminalis Salmanticensis Vol.1,* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 67-82; «Consentir y disponer de la vida humana», en *Ius Criminale,* Colex, Madrid, 2022; «Necesidad de un concepto pre-legal de eutanasia. Aspectos constitucionales y otras precisiones sobre la proposición de "Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia" en España (BOCG de 31 de enero de 2020, núm. 46/1)». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34, 2020; *Interrupción voluntaria de la vida humana,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 416 pp.; «Straferheblichkeit von Unterbrechungen der ärztlichen Behandlung in irreversiblen vegetativen Stadien», *FS für Roxin,* 80 Gb., Berlín, 2011; «Voces: Cuidados paliativos/Suicidio asistido», en AAVV: Romeo Casabona (dir.): *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Comares, Granada, 2011; «Artículo 143», en AAVV: *Comentarios al Código Penal – Obra colectiva.* Arroyo, Berdugo, Ferré y otros (dir.), p. 25, Iustel, Colección Comentarios Breves Madrid 2007; «Concepto de eutanasia en el Derecho positivo español. Discusión doctrinal y problemas actuales», en *Derecho penal de la Democracia versus Seguridad pública,* Comares, Granada, 2005, pp. 131-172; «Los denominados casos de conciencia y los procesos históricos de eutanasia», en *Revista del Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales «Dr. Zabala Baquerizo»,* Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil, núm. 10, año 8, junio de 2005, pp. 72-89; «Interrupción del tratamiento. Estados vegetativos irreversibles. El llamado "encarnizamiento terapéutico"», en *Responsa iurisperitorum Digesta,* Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 105-132; «Reflexiones en torno a la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en el artículo 143 del Código Penal», en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, v. II,* Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 433-454; «Prólogo» a Dworkin, Frey y Bok: *La eutanasia y el auxilio médico al suicidio,* Cambridge University Press, Madrid, 2000; *Historia del derecho a morir* (210 pp.), Forum, Oviedo, 1999; *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad a la luz del Código Penal de 1995* (497 pp.) Tecnos, Madrid, 1999; *La buena muerte* (293 pp.), Tecnos, Madrid, 2006; «El problema de la disponibilidad de la propia vida. El derecho a la vida y el derecho a morir en el Derecho penal y en la Constitución Española», en *Nuevas cuestiones penales,* ed. Colex, Madrid, 1998; «Eutanasia: un debate entre Ética, Medicina y Derecho», en *Medicina y Ética,* Instituto de Bioética de la Fac. Medicina/Univ. Anahuac, México D. F., octubre de 1995.

mittees, and the progressive emergence of case law that has contributed to stabilizing the model. The study highlights the central role of personal autonomy as the key interpretative principle, as well as the procedural guarantees embedded in the system. It also addresses the main contentious issues arising in recent case law, including conscientious objection, family conflicts, the assessment of psychological suffering, and the limits of judicial review; also taking into account the recent expansion of the standing of closely related third parties to seek judicial review of the granting of the provision of assistance in dying. Finally, a critical evaluation is offered, emphasizing that the current challenge of the system lies not in its normative legitimacy but in its operational effectiveness, which depends on organizational, professional, and territorial factors.

Keywords: *Euthanasia; right to die with dignity; personal autonomy; Organic Law 3/2021; biolaw; judicial review; conscientious objection; psychological suffering.*

SUMARIO: I. Introducción: configuración normativa y significado constitucional. –II. Naturaleza jurídica del derecho a solicitar la ayuda a morir. 1. Derecho subjetivo de configuración legal. 2. Dimensión prestacional.–III. Requisitos materiales y su interpretación práctica.–IV. Procedimiento: arquitectura garantista. 1. Solicitudes sucesivas. 2. Evaluación médica dual. 3. Control por las Comisiones de Garantía y Evaluación.–V. Evolución cuantitativa desde 2021.–VI. Análisis constitucional del conflicto familiar en la ejecución de la eutanasia concedida: legitimación, autonomía y límites del control judicial. 1. El «caso Noelia Castillo»: núcleo del conflicto constitucional. 2. La legitimación activa del familiar y su reciente expansión jurisprudencial: análisis desde el artículo 24 CE. 3. El derecho a la vida tras la reinterpretación constitucional. 4. Capacidad, técnica médica y límites del juez. 5. Ideología, paternidad, litigio estratégico y neutralidad estatal. 6. Medidas cautelares: el tiempo como factor constitucional. 7. Consolidación y límites del modelo.–VII. Problemas técnicos detectados en la LORE. 1. Retrasos procedimentales. 2. Objeción de conciencia. 3. Desigualdad territorial.–VIII. Análisis dogmático del consentimiento.–IX. Impacto en el sistema penal.–X. Balance crítico tras más de cuatro años de vigencia. 1. Consolidación institucional. 2. Cultura jurídica emergente. 3. Tensiones persistentes. 4. Judicialización del procedimiento y legitimación de terceros.–XI. Perspectiva comparada y posición europea. –XII. Jurisprudencia reciente y casuística relevante en la aplicación de la Ley Orgánica 3/2021. 1. La consolidación constitucional del modelo español. 2. Control jurisdiccional contencioso-administrativo: alcance y límites. Legitimación activa de terceros. 3. Casuística reciente: capacidad, conflicto familiar y sufrimiento psíquico. 4. Objeción de conciencia: interpretación judicial. 5. Tendencias interpretativas emergentes. 6. Evaluación crítica.–XIII. Conclusión general.–XIV. Bibliografía.–XV. Jurisprudencia.– XVI. Fuentes estadísticas.

I. INTRODUCCIÓN: CONFIGURACIÓN NORMATIVA Y SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL

La aprobación de la Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) supuso la incorporación al ordenamiento jurídico español de un derecho subjetivo de nueva generación: el derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir en determinadas condiciones tasadas. Su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 25 de marzo de 2021 y su entrada en vigor el 25 de junio del mismo año marcaron un punto de inflexión en la evolución del bioderecho español, no solo por el contenido material de la norma, sino también por el cambio de paradigma que introduce en la relación entre individuo, Estado y sistema sanitario. En efecto, por primera vez se articula jurídicamente la posibilidad de que la decisión sobre el propio proceso de morir se configure como una manifestación jurídicamente protegida de la autonomía personal (Núñez Paz, 2006; Tomás-Valiente Lanuza, 1999), con efectos prestacionales exigibles frente a los poderes públicos.

Este cambio no puede entenderse de forma aislada, sino como culminación de una evolución progresiva en la que el ordenamiento ha ido reconociendo espacios cada vez más amplios de autodeterminación en el ámbito sanitario. Desde el consentimiento informado hasta las instrucciones previas, el legislador había venido configurando un modelo centrado en el paciente como sujeto activo de decisiones. La Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) da un paso más al situar la voluntad del individuo en el centro de un proceso que tradicionalmente había estado monopolizado por consideraciones médicas, éticas o incluso penales.

Desde una perspectiva técnica, la norma no se limita a despenalizar conductas previamente subsumibles en el artículo 143 del Código Penal, sino que construye un sistema prestacional integrado en el Sistema Nacional de Salud, con garantías procedimentales complejas, control ex ante y ex post, y un reconocimiento explícito del carácter de derecho subjetivo exigible. Este aspecto es crucial, ya que desplaza el eje de análisis desde la mera tolerancia o no punición hacia la obligación positiva del Estado de hacer efectivo el derecho en condiciones de igualdad. No se trata, por tanto, de permitir, sino de garantizar.

La configuración de este sistema revela una sofisticación normativa que busca equilibrar intereses potencialmente en conflicto. Por un lado, la protección de la vida como bien jurídico constitucionalmente relevante; por otro, el respeto a la autonomía individual en situaciones de sufrimiento extremo. Este equilibrio se materializa en un procedimiento cuidadosamente diseñado que incluye múltiples

fases de solicitud, evaluación médica, verificación por órganos independientes y posibilidad de revisión. La densidad procedimental no es un mero formalismo, sino un elemento estructural que pretende dotar de legitimidad a la decisión final, asegurando que esta sea libre, informada y persistente.

El núcleo dogmático de la ley se articula en torno a tres ejes:

1. Autonomía personal y dignidad como fundamento material.

La ley se apoya en una concepción de la dignidad humana que no se limita a la protección de la vida en abstracto, sino que incorpora la calidad de vida y la capacidad de autodeterminación como elementos esenciales. La decisión de poner fin a la propia vida en determinadas circunstancias se presenta, así, como una expresión extrema pero coherente de la libertad individual (Moreso, 2021; Carbonell Mateu, 2018).

2. Sistema garantista procedimental como condición de legitimidad.

La legitimidad de la prestación no deriva únicamente de la voluntad del solicitante, sino del cumplimiento de un conjunto de garantías que aseguran la ausencia de coacciones, errores o decisiones precipitadas. El procedimiento actúa como filtro y como mecanismo de validación jurídica y ética.

3. Integración sanitaria pública como mecanismo de efectividad.

La inclusión de la prestación en el Sistema Nacional de Salud asegura su accesibilidad y evita desigualdades territoriales o socioeconómicas, al tiempo que plantea desafíos organizativos y de conciencia profesional que el propio sistema debe gestionar.

Desde una óptica de técnica legislativa, la LORE es una norma de desarrollo de derechos fundamentales, lo que explica su rango orgánico conforme al artículo 81 de la Constitución. Esta calificación no es meramente formal, sino que refleja la voluntad del legislador de situar la regulación en el ámbito de las garantías reforzadas propias de los derechos fundamentales. No se trata simplemente de una regulación sanitaria, sino de una concreción normativa del derecho a la dignidad reconocido en el artículo 10 de la Constitución, en conexión con la libertad ideológica y la integridad moral (arts. 16 y 15). De este modo, la ley se inserta en el núcleo axiológico del ordenamiento constitucional, proyectando sus efectos más allá del ámbito estrictamente médico.

Además, la norma introduce una nueva categoría de derechos que, aun siendo de configuración legal, presenta una fuerte conexión con

principios constitucionales estructurales. Esto plantea interrogantes relevantes sobre su eventual control de constitucionalidad, su interpretación por los tribunales y su interacción con otros derechos y deberes, como la objeción de conciencia (Romeo Casabona, 2022) de los profesionales sanitarios.

La evolución desde su entrada en vigor permite analizar cómo un derecho de configuración legal se transforma en práctica administrativa, y cómo la experiencia operativa revela tensiones entre diseño normativo y realidad institucional. En la práctica, han surgido cuestiones relacionadas con la heterogeneidad en la aplicación territorial, los tiempos de tramitación, la interpretación de los requisitos clínicos y el papel de las comisiones de garantía y evaluación. Estas tensiones ponen de manifiesto que la efectividad de un derecho no depende únicamente de su reconocimiento normativo, sino de la capacidad del sistema para implementarlo de manera coherente, uniforme y respetuosa con sus principios fundacionales.

En definitiva, la Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) no solo introduce una nueva prestación sanitaria, sino que redefine los contornos de la relación entre el individuo y el Estado en el momento final de la vida. Su análisis exige, por tanto, una aproximación que combine la técnica jurídica con la reflexión constitucional y ética, atendiendo tanto a su diseño normativo como a su aplicación práctica.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A SOLICITAR LA AYUDA A MORIR

1. **Derecho subjetivo de configuración legal**

La ley de eutanasia configura la ayuda a morir no como una mera opción tolerada por el ordenamiento, sino como un auténtico derecho subjetivo individual. Esta calificación no es neutra, sino que implica una transformación profunda en la posición jurídica del ciudadano frente a los poderes públicos.

En primer lugar, reconocer un derecho subjetivo significa que el titular no depende de la discrecionalidad de la Administración ni de la voluntad del profesional sanitario en términos absolutos. El individuo ostenta una posición jurídica activa, que le permite exigir una determinada conducta del Estado cuando concurren los requisitos legalmente establecidos.

Todo ello se traduce en tres consecuencias fundamentales:

a) Exigibilidad ante la Administración.

El derecho a la prestación de ayuda para morir es directamente exigible. El paciente no solicita un favor ni una autorización excepcional, sino el cumplimiento de una obligación jurídica por parte del sistema sanitario. En caso de denegación indebida, surge la posibilidad de reacción jurídica mediante recursos administrativos y, en última instancia, jurisdiccionales.

b) Procedimiento reglado.

La ley articula un procedimiento detallado, con fases sucesivas, garantías y controles. Esta procedimentalización no solo busca seguridad jurídica, sino que cumple una función de legitimación, pues asegura que la decisión sea libre, informada y sostenida en el tiempo.

El procedimiento sustituye así cualquier lógica de arbitrariedad por una lógica de verificación jurídica y clínica, donde cada paso está normativamente predeterminado.

c) Control jurisdiccional.

Como derecho subjetivo, su eventual vulneración puede ser sometida al control de los tribunales. Esto introduce a la eutanasia en el ámbito del Estado de Derecho pleno, alejándola de espacios de excepción o tolerancia implícita.

Los jueces pueden revisar tanto la correcta aplicación de la norma como la eventual lesión de derechos fundamentales conectados (dignidad, integridad, autonomía).

Ahora bien, es esencial subrayar que no estamos ante una mera causa de exclusión de responsabilidad penal. Este es uno de los puntos conceptualmente más relevantes.

El modelo tradicional en muchos ordenamientos consistía en despenalizar ciertas conductas eutanásicas bajo condiciones estrictas. Sin embargo, en este caso el legislador español adopta una opción más ambiciosa que transforma la eutanasia en una prestación sanitaria positiva.

– Esto implica un cambio de paradigma que, desde la teoría general del derecho, encajaría en la categoría de los derechos de configuración legal. Es decir, derechos cuyo contenido, alcance y condiciones no derivan directamente de la Constitución (Presno Linera, 2021; Peñaranda Ramos, 2021) de forma cerrada, sino que son definidos por el legislador. No se trata de «permitir» que alguien ayude a morir sin

castigo, sino que se trataría de garantizar activamente que quien cumple los requisitos pueda acceder a esa ayuda.

En este caso, la ley delimita con precisión el contenido esencial del derecho a través de varios requisitos:

– Requisitos subjetivos: quién puede solicitarlo (capacidad, situación clínica, nacionalidad o residencia, etc.).
– Requisitos objetivos: condiciones médicas (enfermedad grave e incurable o padecimiento grave, crónico e imposibilitante).
– Requisitos procedimentales: solicitudes reiteradas, informes médicos, intervención de comisiones de garantía.

Por tanto, el derecho existe en la medida y en los términos en que la ley lo configura. Esto refuerza su seguridad jurídica, pero también evidencia su dependencia estructural del legislador, que puede ampliarlo o restringirlo dentro de los límites constitucionales.

2. **Dimensión prestacional**

La segunda gran clave de la naturaleza jurídica del derecho a la ayuda a morir es su dimensión prestacional. La eutanasia se integra expresamente en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, lo que supone su equiparación, al menos formal, con otras prestaciones sanitarias. Este paso tiene implicaciones técnicas de gran calado.

a) Obligación positiva del Estado.

El reconocimiento como prestación sanitaria implica que el Estado no solo debe abstenerse de interferir, sino que está obligado a organizar los medios necesarios para hacer efectivo el derecho.

Esto incluye la dotación de recursos humanos y materiales; la formación específica de profesionales y, evidentemente, el cumplimiento de la garantía de accesibilidad en condiciones de igualdad.

Nos encontramos, por tanto, ante un típico derecho de prestación, donde la efectividad depende de la actuación activa de los poderes públicos.

b) Responsabilidad patrimonial en caso de funcionamiento anormal.

Al formar parte del sistema sanitario público, la prestación queda sujeta al régimen general de responsabilidad patrimonial de

la Administración. Lo que abre un campo especialmente complejo en lo que se refiere a los retrasos injustificados en la tramitación; posibles denegaciones indebidas; deficiencias en la información o en el procedimiento…

En estos casos, podría generarse responsabilidad si se acredita un funcionamiento anormal del servicio público, lo que refuerza aún más el carácter garantista del modelo.

c) Necesidad de protocolos clínicos estandarizados.

La integración en el sistema sanitario exige la elaboración de protocolos técnicos y clínicos homogéneos. No basta con la norma jurídica; resulta imprescindible traducirla a prácticas médicas concretas que aseguren la seguridad del paciente, la uniformidad en la aplicación o el control de calidad asistencial.

Estos protocolos cumplen además una función de protección para los profesionales sanitarios, al proporcionarles un marco claro de actuación.

Finalmente, es importante destacar la opción estructural del legislador.

La ley rechaza un modelo privatizado o puramente despenalizador y opta por una estructura pública, institucionalizada y controlada que conlleve evitar desigualdades de acceso basadas en recursos económicos mediante el uso de controles administrativos y comisiones independientes que permitan integrar la eutanasia en el ámbito de la ética y la práctica clínica, y no en la marginalidad jurídica.

En consecuencia, el modelo español se caracteriza, como ya hemos reseñado, por ser eminentemente garantista, por su fuerte carga procedimental; público, por su inserción en el sistema sanitario; viniendo, además, determinado por su configuración como derecho subjetivo.

III. REQUISITOS MATERIALES Y SU INTERPRETACIÓN PRÁCTICA

La configuración de los requisitos materiales en la Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) constituye el núcleo real de operatividad del derecho a la prestación de ayuda para morir. Lejos de ser meros presupuestos formales, estos requisitos actúan como verdaderos filtros sustantivos cuya interpretación práctica ha desplazado una parte relevante del poder decisorio hacia los profesionales sanitarios y, en última instancia, hacia las Comisiones de Garantía y Evaluación. Ello

se debe, en gran medida, a que el legislador ha optado por conceptos jurídicos indeterminados que requieren una concreción casuística.

En lo que respecta a los requisitos subjetivos, la enumeración legal –mayoría de edad, vínculo jurídico con España, capacidad, conciencia y voluntariedad– presenta una apariencia de claridad que se desvanece cuando se analiza su aplicación concreta. El elemento central es, sin duda, la capacidad. La ley no exige un estándar reforzado, sino que remite implícitamente al régimen general de consentimiento informado previsto en la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente. Esta opción normativa resulta técnicamente discutible, ya que equipara decisiones de intensidad radicalmente distinta; no es lo mismo consentir un tratamiento que solicitar una intervención destinada a provocar la muerte. Sin embargo, introducir un umbral más exigente habría planteado el riesgo de restringir excesivamente el acceso al derecho, lo que explica la prudencia del legislador.

En la práctica, la evaluación de la capacidad se ha construido sobre un modelo funcional, centrado en la aptitud del paciente para comprender la información relevante, valorar las consecuencias de su decisión y adoptarla de forma coherente con su sistema de valores. Este enfoque evita exclusiones automáticas, pero introduce una inevitable carga de subjetividad. La dificultad se intensifica en presencia de trastornos psiquiátricos concurrentes, donde la cuestión no es la existencia del diagnóstico, sino su impacto real sobre las facultades decisorias. La doctrina ha insistido, con razón, en que la enfermedad mental no puede operar como causa automática de incapacidad; sin embargo, en la práctica clínica se observa una tendencia a la cautela reforzada, que en ocasiones se traduce en una exigencia implícita de estándares más altos de los legalmente previstos.

Esta tensión revela una carencia relevante del sistema como es la ausencia de protocolos homogéneos y suficientemente detallados para la evaluación de la capacidad en este contexto. Como consecuencia, se produce una variabilidad significativa entre profesionales y territorios, lo que compromete la igualdad en el acceso a la prestación. La voluntariedad, por su parte, plantea problemas distintos, pero igualmente complejos. Aunque la ley exige que la decisión esté libre de presiones externas, el modelo normativo se muestra poco sensible a las denominadas presiones estructurales –soledad, dependencia, percepción de carga– que, sin constituir coacción en sentido estricto, pueden influir de manera decisiva en la formación de la voluntad. La verificación de este requisito descansa en entrevistas clínicas reiteradas, pero carece de instrumentos objetivos plenamente fiables, lo que refuerza su carácter indeterminado.

En cuanto a los requisitos clínicos, la ley articula dos categorías: la enfermedad grave e incurable y el padecimiento grave, crónico e imposibilitante. La introducción de esta segunda categoría supone una ampliación sustancial del ámbito de aplicación, al desvincular la prestación de la proximidad de la muerte. Desde un punto de vista técnico, ello implica un desplazamiento desde un criterio fundamentalmente pronóstico hacia otro centrado en la experiencia subjetiva del sufrimiento. Esta evolución sitúa al sistema español en una posición más flexible que otros modelos comparados, pero al mismo tiempo incrementa las dificultades interpretativas.

El concepto de sufrimiento intolerable constituye el verdadero eje de ambos supuestos. Se trata de un estándar necesariamente abierto (Raga i Vives, 2022; Ortiz Fernández, 2021), que no puede objetivarse mediante indicadores clínicos unívocos. La valoración exige integrar elementos médicos –intensidad del dolor, limitación funcional– con factores subjetivos y biográficos. Este carácter híbrido impide una aplicación puramente técnica y obliga a recurrir a juicios prudenciales, lo que explica el protagonismo de las valoraciones interdisciplinarias. No obstante, esta misma apertura genera incertidumbre y amplía el margen de discrecionalidad.

Las dificultades se acentúan cuando el sufrimiento es predominantemente psíquico. En estos casos, la ausencia de marcadores objetivos y la posibilidad de intervención terapéutica plantean dudas sobre la irreversibilidad de la situación. La práctica ha respondido mediante un incremento del escrutinio, con mayor peso de las valoraciones psiquiátricas y una tendencia a la cautela. Sin embargo, desde una perspectiva crítica, puede señalarse que el sistema carece de criterios suficientemente precisos para delimitar cuándo el sufrimiento psíquico (Raga i Vives, 2022) alcanza el umbral exigido por la ley, lo que vuelve a situar la decisión en el terreno de la apreciación clínica.

Finalmente, la experiencia acumulada muestra que las Comisiones de Garantía y Evaluación han adoptado, en general, una interpretación prudente, especialmente en los supuestos no terminales. Este comportamiento responde a la naturaleza irreversible de la decisión y a la función garantista que tienen atribuida. Sin embargo, también produce efectos problemáticos, ya que puede generar una cierta restricción indirecta del derecho y contribuir a una aplicación desigual. En este sentido, el sistema español parece moverse en un equilibrio delicado entre la protección frente a decisiones precipitadas y el respeto efectivo de la autonomía del paciente.

En conjunto, los requisitos materiales configuran un modelo que descansa más en la calidad del procedimiento y en la prudencia de los

intervinientes que en la precisión de las normas. Esta opción ofrece flexibilidad, pero a costa de introducir incertidumbre y variabilidad interpretativa, lo que plantea la necesidad de una progresiva consolidación de criterios, ya sea a través de la práctica administrativa, de la elaboración doctrinal o, eventualmente, de una mayor intervención jurisprudencial.

IV. PROCEDIMIENTO: ARQUITECTURA GARANTISTA

La ley, como venimos reiterando, configura un procedimiento intensamente garantista que pretende asegurar que la decisión de solicitar la eutanasia sea libre, informada y sostenida en el tiempo, así como clínicamente fundamentada. Sin embargo, este diseño no es neutro, sino que responde a una lógica de cautela reforzada que, si bien busca evitar abusos, introduce tensiones relevantes entre la seguridad jurídica y la efectividad real del derecho.

1. **Solicitudes sucesivas**

La exigencia de dos solicitudes separadas por al menos 15 días actúa como mecanismo de verificación de la persistencia de la voluntad. Sobre el papel, se trata de una garantía razonable frente a decisiones impulsivas o condicionadas por circunstancias transitorias. No obstante, desde un análisis técnico, este requisito revela una cierta desconfianza estructural hacia la autonomía del paciente, al imponer una reiteración formal de la decisión como condición de validez.

El principal problema surge en la interacción entre este plazo y la evolución clínica. En situaciones de deterioro rápido, el tiempo jurídico no se ajusta al tiempo biológico. Aunque la ley permite acortar el plazo en caso de riesgo de pérdida de capacidad, esta previsión introduce un margen de discrecionalidad clínica que no siempre resulta fácil de gestionar. El profesional debe anticipar escenarios inciertos bajo la presión de un posible control posterior, lo que puede inducir a interpretaciones conservadoras.

En la práctica, esto ha generado casos en los que el procedimiento no llega a completarse antes del fallecimiento del solicitante. Desde una perspectiva estrictamente formal, el sistema habría funcionado como filtro; pero desde una perspectiva material, puede interpretarse como una falla en la efectividad del derecho. La garantía, en estos supuestos, deja de proteger y pasa a obstaculizar.

2. **Evaluación médica dual**

La intervención de un médico responsable y un médico consultor independiente responde a la necesidad de reforzar la objetividad clínica mediante un control horizontal entre profesionales. Este modelo pretende evitar decisiones unilaterales y asegurar que concurren los requisitos legales desde una doble validación experta.

Sin embargo, su eficacia depende en gran medida de cómo se materializa esa independencia. En contextos sanitarios donde los profesionales comparten entornos organizativos o culturales, la independencia puede ser más formal que real. Existe el riesgo de que el segundo informe derive en una confirmación rutinaria, especialmente si no se promueve una cultura de deliberación crítica.

Por otro lado, la evaluación no se limita a datos clínicos verificables, sino que incluye elementos de apreciación compleja como el sufrimiento intolerable o la capacidad decisional. Estos conceptos, aunque jurídicamente necesarios, carecen de una definición completamente objetivable, lo que introduce variabilidad interpretativa. Esta variabilidad puede traducirse en diferencias de acceso según el criterio de los profesionales implicados, generando potenciales desigualdades.

Además, el médico asume aquí una función que excede lo estrictamente asistencial y se convierte en garante del acceso a una prestación legal, con una carga ética y jurídica considerable. Esta posición híbrida puede generar tensiones, especialmente en ausencia de formación específica o de marcos claros de apoyo institucional.

3. **Control por las Comisiones de Garantía y Evaluación**

Las Comisiones de Garantía y Evaluación constituyen un elemento singular del modelo, al introducir un control institucional previo a la práctica de la eutanasia. Su configuración como órganos administrativos colegiados con funciones cuasi-jurisdiccionales refleja la voluntad de someter el procedimiento a una supervisión externa reforzada.

Desde el punto de vista garantista, este control añade una capa adicional de seguridad. Sin embargo, también incrementa la complejidad y la duración del procedimiento. En contextos de sufrimiento avanzado, cualquier dilación adquiere una relevancia crítica, lo que obliga a cuestionar si el control previo es siempre la opción más adecuada o si, en determinados supuestos, sería más eficiente un control posterior.

Otro aspecto problemático es la heterogeneidad territorial. Al depender de las comunidades autónomas, estas comisiones pueden

operar con criterios y ritmos distintos, lo que introduce un riesgo de desigualdad en la aplicación del derecho. Esta fragmentación resulta difícilmente conciliable con la idea de una prestación sanitaria básica en condiciones de equidad.

Finalmente, su naturaleza cuasi-jurisdiccional plantea interrogantes sobre las garantías del procedimiento, sobre el grado de motivación de sus decisiones, o sobre los mecanismos de revisión y el estatuto jurídico del solicitante dentro de este proceso. Se trata, pues, de un espacio intermedio entre la administración y la jurisdicción que no siempre está completamente definido.

En conjunto, la arquitectura garantista del procedimiento revela una tensión constante entre protección y accesibilidad. La acumulación de controles, lejos de ser neutral, condiciona decisivamente la experiencia real del derecho, planteando la cuestión de si la garantía debe entenderse como suma de filtros o como adecuación flexible a la realidad clínica.

La reciente STS 690/2026, de 3 de junio, confirma que la Comisión de Garantía y Evaluación constituye el principal órgano técnico de control del procedimiento, pero precisa igualmente que sus resoluciones no quedan sustraídas al control jurisdiccional cuando concurra un interés legítimo constitucionalmente apreciable.

V. EVOLUCIÓN CUANTITATIVA DESDE 2021

La evolución de la aplicación de la ley de eutanasia en España desde su entrada en vigor en junio de 2021 permite observar no solo una progresión numérica, sino también una transformación estructural del sistema sanitario y jurídico en su relación con la muerte médicamente asistida. Los datos oficiales (Ministerio de Sanidad, Informes 2021-2025) –aunque todavía con limitaciones de homogeneidad y transparencia entre comunidades autónomas– muestran tres tendencias principales que conviene analizar críticamente: el incremento progresivo de solicitudes, la consolidación del procedimiento y la reducción de denegaciones por motivos formales. Estas tendencias, lejos de ser meramente descriptivas, plantean cuestiones relevantes sobre la normalización de la eutanasia, los mecanismos de garantía y los riesgos de banalización.

A. El incremento progresivo de solicitudes anuales, con un aumento sostenido de estas, constituye uno de los indicadores más visibles. Sin embargo, una lectura ajustada exige distinguir entre cre-

cimiento «real» (incremento de la demanda social) y crecimiento «inducido» (derivado de una mayor accesibilidad, conocimiento o simplificación del procedimiento).

En este sentido, el incremento inicial puede explicarse por un efecto de «demanda embalsada» de pacientes que, antes de 2021, no disponían de un cauce legal para formalizar su voluntad. No obstante, a medida que avanzan los años, el mantenimiento de la tendencia ascendente sugiere una progresiva interiorización cultural de la eutanasia como opción clínica legítima. Aquí emerge una cuestión crítica: ¿estamos ante una ampliación de la autonomía del paciente o ante un desplazamiento del umbral social de tolerancia al sufrimiento?

Desde una perspectiva bioética, este crecimiento obliga a examinar si los sistemas de información al paciente son suficientemente equilibrados o si, por el contrario, existe un sesgo –explícito o implícito– que presenta la eutanasia como solución preferente frente a alternativas como los cuidados paliativos avanzados.

B. Respecto de la consolidación del procedimiento, un análisis detenido indica, a mi entender, que los circuitos administrativos, clínicos y de control, han alcanzado un cierto grado de estabilidad operativa. Esto se traduce en una mayor previsibilidad en los tiempos de tramitación, una mejor coordinación entre profesionales y una reducción de la incertidumbre jurídica.

No obstante, esta «consolidación» debe analizarse críticamente en al menos tres niveles:

1. Estandarización vs. individualización: La protocolización es necesaria para garantizar seguridad jurídica, pero puede tensionar la exigencia de una evaluación individualizada de cada caso, especialmente en lo relativo al sufrimiento psíquico (Raga i Vives, 2022) o existencial.
2. Carga profesional y objeción de conciencia (Romeo Casabona, 2022): La estabilización del sistema no ha eliminado las tensiones en torno a la objeción de conciencia (Romeo Casabona, 2022), ni la desigual distribución de profesionales dispuestos a participar. Esto puede generar desigualdades territoriales encubiertas.
3. Control ex post vs. control preventivo: El modelo español descansa en gran medida en comisiones de garantía que revisan los casos a posteriori. La consolidación del procedimiento podría estar desplazando el foco hacia un control más formal que sustantivo, con el riesgo de que la verificación del cumplimiento de requisitos sustituya al análisis profundo del caso.

C. La reducción de denegaciones por motivos formales indica una mejora en la calidad técnica de las solicitudes y en la asesoría proporcionada a los pacientes. Este dato, en apariencia positivo, merece una lectura más matizada.

Por un lado, refleja una mayor capacitación de los profesionales y una mejor comprensión del procedimiento por parte de los ciudadanos. Pero, por otro, puede interpretarse como una «optimización» del sistema para facilitar la aprobación de solicitudes, lo que plantea interrogantes sobre el equilibrio entre accesibilidad y rigor.

Es relevante preguntarse si la disminución de errores formales se acompaña de un fortalecimiento equivalente en la evaluación material de los requisitos (capacidad, voluntariedad, situación clínica), o si, por el contrario, el sistema está evolucionando hacia una lógica de eficiencia administrativa que podría debilitar las garantías sustantivas.

D. Desigualdad territorial inicial: Cataluña y País Vasco.

El protagonismo inicial de Cataluña y País Vasco no es casual, sino que responde a una tradición previa en planificación anticipada de decisiones sanitarias y a una cultura bioética más desarrollada en el ámbito clínico.

Estas comunidades partían de una mayor implantación de documentos de voluntades anticipadas; equipos sanitarios más familiarizados con la toma de decisiones al final de la vida e infraestructuras organizativas ya adaptadas a procesos deliberativos complejos.

Sin embargo, esta ventaja inicial plantea una cuestión de fondo: la ley, aunque estatal, se implementa en sistemas sanitarios descentralizados, lo que genera una «geografía de la eutanasia» donde el acceso efectivo puede variar. La evolución posterior parece haber reducido parcialmente estas diferencias, pero no las ha eliminado completamente.

Se presentan tres fases de evolución:

1. Fase inicial (2021): adaptación institucional.

Esta etapa se caracteriza por una implementación apresurada en muchos territorios, con desarrollo desigual de protocolos, comisiones de garantía aún en formación y cierta inseguridad entre los profesionales.

Desde un punto de vista crítico, esta fase revela una tensión entre la urgencia política de la norma y la insuficiente preparación estructural del sistema. La ley entró en vigor antes de que existiera una verdadera «cultura operativa» de la eutanasia.

2. Fase de consolidación (2022-2023): incremento sostenido.

En esta fase se estabilizan los procedimientos, aumentan las solicitudes y se reducen los errores formales. Es el momento en que la eutanasia deja de ser una novedad y pasa a integrarse en la práctica clínica.

No obstante, este crecimiento sostenido también puede implicar un fenómeno de «normalización acrítica», donde la repetición de casos reduce la intensidad del debate ético en cada situación concreta. El riesgo aquí es la rutinización de una decisión que, por su naturaleza, debería permanecer excepcional y profundamente deliberativa.

3. Fase de normalización (2024-2025): integración en práctica ordinaria.

La integración en la práctica ordinaria es, probablemente, el punto más controvertido desde una perspectiva filosófica y jurídica. Que la eutanasia se convierta en una prestación más del sistema sanitario implica un cambio de paradigma: de una excepción regulada a una opción clínicamente disponible.

Este proceso plantea varias cuestiones: ¿Se está diluyendo el carácter extraordinario de la eutanasia? ¿Cómo afecta esta normalización a la relación médico-paciente? ¿Existe riesgo de presión –explícita o implícita– sobre pacientes vulnerables? …

Además, la normalización puede generar un efecto de «desplazamiento de estándares», en el que lo que inicialmente se concebía como un recurso extremo pasa a considerarse una alternativa más dentro del abanico terapéutico.

En definitiva, parece que la evolución cuantitativa desde 2021 no puede interpretarse únicamente como un éxito de implementación normativa. Es también el reflejo de un proceso más profundo de transformación cultural, clínica y jurídica. El paso de la excepcionalidad a la normalización constituye el eje central de este cambio, y con él emergen riesgos que requieren una vigilancia constante como la posible banalización de la decisión, la desigualdad territorial persistente o la tensión entre eficiencia administrativa y garantías sustantivas.

Desde una perspectiva crítica, el reto ya no es implementar la ley, sino asegurar que su aplicación no desdibuje los principios que pretendía proteger; la autonomía, sí, pero también la protección de los más vulnerables y la integridad ética de la práctica médica.

VI. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL CONFLICTO FAMILIAR EN LA EJECUCIÓN DE LA EUTANASIA CONCEDIDA: LEGITIMACIÓN, AUTONOMÍA Y LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL

La consolidación jurisprudencial en torno a la Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) ha permitido cerrar, al menos en el plano abstracto, el debate sobre su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional (SSTC 19/2023 y 94/2023) ha fijado con claridad un marco interpretativo que rompe con concepciones clásicas maximalistas del derecho a la vida, afirmando que la Constitución no impone un deber de vivir ni excluye la posibilidad de que el legislador articule, con garantías, un derecho a morir. Esta afirmación, lejos de ser meramente declarativa, tiene consecuencias estructurales, pues desplaza el eje del debate desde la legitimidad de la norma hacia los conflictos concretos que emergen en su aplicación.

En este contexto, la intervención del Tribunal Supremo ha sido igualmente decisiva al perfilar el alcance del control judicial en base a un control de legalidad y no de sustitución del juicio clínico. Esta delimitación, aparentemente técnica, es en realidad una pieza clave para preservar el equilibrio institucional del modelo.

1. **El «caso Noelia Castillo»: núcleo del conflicto constitucional**

Noelia Castillo Ramos, una joven de 25 años, tras sufrir una agresión sexual múltiple, padeció un cuadro de salud mental grave y quedó parapléjica por un intento de suicidio. Su solicitud generó una disputa legal de casi dos años con su padre. La muerte de Noelia, que recibió la eutanasia el 26 de marzo de 2026 en Barcelona, la convirtió en la persona más joven en España en acceder a este derecho y la sexta paciente psiquiátrica en hacerlo, y abrió un fuerte debate social y político. Mientras que asociaciones a favor de la muerte digna y diversos partidos políticos (PSOE, Sumar, ERC, EH Bildu y BNG) mostraron su respeto a su voluntad y a la legalidad del proceso, grupos conservadores y su entorno familiar más cercano expresaron su fuerte rechazo. Además, el colectivo Derecho a Morir Dignamente aprovechó el caso para solicitar cambios legales que evitaran que estos trámites se alargasen más de 600 días, lo cual prolonga evidentemente el sufrimiento de los solicitantes.

El «caso Noelia Castillo» constituye, hasta el momento, el conflicto judicial más relevante surgido en España en torno a la aplica-

ción práctica de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia. El supuesto adquirió una notable repercusión pública y jurídica al plantear, de forma especialmente intensa, la tensión entre la autonomía personal de la solicitante y la oposición formulada por su entorno familiar frente a la ejecución de la prestación de ayuda para morir ya autorizada por la administración sanitaria competente.

La controversia se originó tras la solicitud formulada por Noelia Castillo, paciente afectada por una grave situación clínica cronificada y generadora de sufrimiento persistente, quien instó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica 3/2021 para acceder a la prestación de ayuda para morir. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales por los profesionales sanitarios intervinientes y ratificada la procedencia de la prestación por la correspondiente Comisión de Garantía y Evaluación, el padre de la solicitante promovió diversas actuaciones judiciales encaminadas a impedir su ejecución, alegando esencialmente dudas sobre la capacidad de decisión de su hija y defendiendo una interpretación expansiva del derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución.

El caso planteó así cuestiones de extraordinaria relevancia constitucional y dogmática, especialmente en relación con la legitimación de terceros familiares para impugnar una decisión de naturaleza estrictamente personalísima, el alcance del control judicial sobre las valoraciones clínicas efectuadas en el procedimiento de eutanasia y la interpretación constitucional del derecho a la vida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021 y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 19/2023 y 94/2023.

Asimismo, el litigio evidenció una cuestión especialmente sensible como es la incidencia del tiempo procesal sobre la efectividad material del derecho reconocido por la ley. En efecto, la prolongación del conflicto judicial terminó proyectándose directamente sobre la situación vital de la solicitante, reabriendo el debate acerca de si determinadas medidas cautelares o estrategias procesales pueden llegar, en la práctica, a vaciar de contenido el ejercicio efectivo del derecho a solicitar ayuda para morir.

Así pues, el caso Noelia Castillo representa un punto de inflexión en la evolución interpretativa de la Ley Orgánica 3/2021, al trasladar el debate desde la constitucionalidad abstracta de la norma hacia los problemas concretos derivados de su aplicación práctica, particularmente en aquellos supuestos en los que confluyen conflicto familiar, cuestionamiento de la capacidad y judicialización del procedimiento.

El caso introduce un elemento cualitativamente distinto en el debate, que no cuestiona la ley en abstracto, sino su ejecución frente a la oposición familiar. La reciente evolución del suceso –marcada por el fallecimiento de la solicitante tras un prolongado conflicto judicial– ha intensificado la reflexión jurídica, al evidenciar las tensiones entre tiempo procesal y tiempo vital.

Tal como ya señalé en mi reciente artículo en Europa Sur (10 de mayo de 2026) (3), el problema no es ya si la eutanasia es constitucional, sino si el sistema es capaz de garantizar su ejercicio efectivo frente a interferencias externas, especialmente cuando estas se canalizan judicialmente.

El conflicto se articula en torno a tres ejes: legitimación, interpretación del derecho a la vida y límites del control jurisdiccional. Pero, en el fondo, lo que está en juego es la propia operatividad del derecho, es decir, si este puede ser ejercido en tiempo y forma o si queda a menudo expuesto a posibles bloqueos indirectos.

2. La legitimación activa del familiar y su reciente expansión jurisprudencial: análisis desde el artículo 24 CE

La cuestión de la legitimación del entorno familiar ha experimentado una evolución jurisprudencial relevante tras el acuerdo del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de mayo de 2026 (STS 690/2026, de 3 de junio), que reconoce –por mayoría de 23 magistrados a 9 y con voto particular– legitimación para recurrir judicialmente la concesión de la prestación de ayuda para morir a personas que mantengan una vinculación particularmente estrecha con el solicitante.

Esta doctrina supone una matización significativa respecto de interpretaciones anteriores más restrictivas, al admitir que, en determinados supuestos excepcionales, el interés legítimo del familiar puede alcanzar relevancia constitucional suficiente para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La legitimación del progenitor ya no puede considerarse, tras la citada reciente doctrina del Tribunal Supremo (STS 690/2026, de 3 de junio), jurídicamente inconsistente en términos absolutos. Sin embargo, ello no implica reconocerle una posición sustitutiva de la voluntad del solicitante, sino únicamente acceso al control jurisdiccio-

(3) Núñez Paz, M. A., Eutanasia y Estado de Derecho: El caso de Noelia Castillo, en Europa Sur, Tribuna Abierta, 10-05-2026 (https://www.europasur.es/sociedad/noelia-castillo-eutanasia-estado-derecho-caso-muerte-digna_0_2006296901.html).

nal en supuestos especialmente cualificados. La Sala Tercera opta por la ampliación de la legitimación activa de terceros especialmente vinculados para recurrir judicialmente la concesión de la prestación de ayuda para morir.

Debe evitarse identificar legitimación procesal con facultad de oposición material. La reciente STS 690/2026 insiste expresamente en que reconocer legitimación al progenitor únicamente permite el acceso al control jurisdiccional, sin atribuirle capacidad alguna para sustituir la voluntad del solicitante ni para alterar por sí misma la decisión administrativa.

Esta operación choca con la tradicional doctrina constitucional, que reserva la defensa de derechos ajenos a supuestos excepcionales de incapacidad o imposibilidad.

Aceptar una legitimación amplia en estos casos implica en la práctica, a mi entender, la introducción de un mecanismo de veto familiar indirecto. Esto no solo desnaturaliza el carácter personalísimo del derecho, sino que genera un efecto sistémico de inseguridad jurídica sobre la idea de que cualquier decisión autónoma podría quedar suspendida por la mera oposición de terceros.

El verdadero problema constitucional ya no reside, por tanto, en la admisión excepcional de legitimación, sino en evitar que dicha legitimación se transforme materialmente en ese mecanismo obstructivo capaz de neutralizar el ejercicio efectivo del derecho reconocido por la Ley Orgánica 3/2021.

Aquí es donde el reciente modelo muestra uno de sus puntos más delicados cual es la necesidad de blindar la autonomía sin excluir completamente el acceso a la jurisdicción. La nueva doctrina del Tribunal Supremo parece querer orientarse hacia un modelo intermedio que admite excepcionalmente la legitimación procesal de familiares especialmente vinculados, pero sin reconocerles capacidad de disposición sobre un derecho de naturaleza estrictamente personalísima. El equilibrio entre tutela judicial efectiva y autonomía individual se desplaza así desde la exclusión de la legitimación hacia la delimitación estricta de sus efectos.

Desde una perspectiva constitucional, la ampliación podría resultar, sin embargo, comprensible en términos de tutela judicial efectiva, aunque obliga a extremar las cautelas para impedir que el proceso termine desplazando el centro de gravedad del procedimiento desde la autonomía del solicitante hacia el conflicto familiar. El riesgo no reside en la existencia del control judicial, sino en la posibilidad de que éste altere el equilibrio diseñado por la LORE.

3. **El derecho a la vida tras la reinterpretación constitucional**

El artículo 15 CE ha sido tradicionalmente interpretado desde una lógica de protección absoluta. Sin embargo, la doctrina reciente del Tribunal Constitucional (SSTC 19/2023 y 94/2023) introduce una lectura más compleja y matizada.

El derecho a la vida deja de ser entendido como un mandato de conservación a toda costa para convertirse en un espacio de protección frente a injerencias externas. Esta distinción es crucial ya que, como defendemos hace largo tiempo, el Estado debe proteger la vida, pero no imponerla.

La posición sostenida por el progenitor en el caso analizado responde a una concepción preconstitucional o, al menos, pre-jurisprudencial del derecho a la vida. Pretende convertirlo en un deber jurídico de vivir, lo que entra en conflicto directo con la dignidad (art. 10 CE) y la autonomía personal (Núñez Paz, 2006).

Desde un enfoque crítico, podría afirmarse que el verdadero riesgo no está en la eutanasia, sino en la tentación de reintroducir, por vía interpretativa, un paternalismo constitucional incompatible con el modelo actual.

4. **Capacidad, técnica médica y límites del juez**

Uno de los aspectos más sensibles del caso es la impugnación de la capacidad de la solicitante; y aquí se produce un desplazamiento del debate hacia el terreno probatorio y más técnico.

La jurisprudencia contencioso-administrativa reciente ha venido delimitando el control judicial en materia de eutanasia desde parámetros de legalidad procedimental y suficiencia de motivación, evitando sustituir el juicio técnico-clínico efectuado por los profesionales sanitarios y por las Comisiones de Garantía y Evaluación. En este sentido, los tribunales han tendido a verificar la correcta aplicación de los requisitos legales, la existencia de capacidad decisoria y la ausencia de arbitrariedad, sin asumir directamente funciones de valoración médica especializada (Barquín Sanz, 2021; *vid*. SSTC 19/2023 y 94/2023; STSJ Cataluña, medidas cautelares en el denominado «caso Noelia Castillo»; STSJ Comunidad Valenciana, Sala Contencioso-Administrativa, 25 abril 2023). Este límite no es meramente funcional, sino constitucional. Permitir una revisión plena implicaría desarticular el modelo diseñado por la ley, basado en la evaluación especializada y colegiada. Desde una perspectiva crítica, cabe advertir en este punto un riesgo creciente de «judicialización reactiva» en materia de eutanasia cuando se activa un

uso del proceso como instrumento para reabrir valoraciones técnicas ya consolidadas. Si esta tendencia se consolidara, el sistema podría volverse ineficiente y, en última instancia, hasta disuasorio.

5. **Ideología, paternidad, litigio estratégico y neutralidad estatal**

La participación de organizaciones como Abogados Cristianos introduce un elemento de litigio estratégico que trasciende el caso concreto. No se trata solo de defender una posición jurídica, sino de tensionar el sistema desde una determinada cosmovisión moral.

El artículo 16 CE protege estas convicciones, pero también exige la neutralidad del Estado. Y esta neutralidad no es pasiva, sino que implica garantizar que ninguna concepción moral se imponga sobre otras en el espacio público jurídico.

El problema surge cuando la acción judicial se convierte en un mecanismo de bloqueo ideológico. En estos casos, el Estado debe ser especialmente cuidadoso para no permitir que el proceso se instrumentalice contra derechos subjetivos reconocidos.

Esta problemática ha adquirido una especial relevancia tras el ATS 7489/2025, mediante el cual la Sala Tercera del Tribunal Supremo apreció interés casacional objetivo para fijar jurisprudencia sobre la legitimación de un progenitor para impugnar judicialmente la concesión de la prestación de ayuda para morir a un hijo mayor de edad y con plena capacidad decisoria. El auto ponía ya de manifiesto la ausencia de una doctrina consolidada sobre los límites del «interés legítimo» de terceros en los procedimientos regulados por la Ley Orgánica 3/2021 y anticipaba la necesidad de delimitar el equilibrio entre autonomía personal, tutela judicial efectiva y protección constitucional del derecho a la vida (ATS, Sala Tercera, Rc. 7489/2025; *vid*. también ATS de 5 noviembre 2025, Rc. 4557/2025).

La posterior resolución del Pleno de la Sala Tercera de mayo de 2026 (ya analizada) confirma finalmente esa línea evolutiva, al reconocer legitimación impugnatoria a familiares con una relación particularmente estrecha con el solicitante de la eutanasia. No obstante, el Tribunal Supremo no parece haber configurado un derecho familiar de oposición material a la eutanasia, sino únicamente una facultad excepcional de acceso al control jurisdiccional.

Desde una perspectiva constitucional, ello obliga –desde mi percepción– a reforzar aún más los mecanismos que impidan que la judicialización estratégica del procedimiento pueda convertirse en una suspensión material del ejercicio del derecho mediante la simple prolongación de los tiempos procesales.

6. **Medidas cautelares: el tiempo como factor constitucional**

El elemento cautelar es, probablemente, uno de los más críticos en estos conflictos. La irreversibilidad de la muerte introduce una asimetría que desafía las categorías clásicas del proceso.

Sin embargo, como demuestra el caso de Noelia Castillo, también existe una irreversibilidad en la demora, una evidente prolongación del sufrimiento o una pérdida de oportunidad en el ejercicio del derecho.

La decisión del Tribunal Constitucional (SSTC 19/2023 y 94/2023) de no suspender la ejecución reflejó una comprensión sofisticada de esta tensión. No se trataba de elegir entre vida y muerte, sino entre permitir el ejercicio de un derecho o vaciarlo de contenido mediante la dilación.

Aquí el tiempo procesal adquiere dimensión constitucional, pues un derecho que no puede ejercerse en tiempo útil es, en la práctica, un derecho inexistente.

La ampliación jurisprudencial en 2026 de la legitimación activa incrementa necesariamente el riesgo de utilización cautelar del proceso como instrumento de demora. Precisamente por ello, la ponderación cautelar adquiere una dimensión constitucional reforzada, pues el reconocimiento de legitimación no puede traducirse automáticamente en la paralización sistemática de la prestación.

El problema jurídico ya no es únicamente quién puede recurrir, sino en qué condiciones el ejercicio de ese recurso puede afectar legítimamente a la efectividad temporal del derecho reconocido por la ley.

7. **Consolidación y límites del modelo**

El caso confirma varias tendencias estructurales del sistema español de las que venimos hablando en este trabajo.

– La autonomía personal (Núñez Paz, 2006) se consolida como eje vertebrador.

– La familia queda excluida como sujeto decisor, aunque no como entorno afectivo.

– El derecho a la vida se reinterpreta en clave no impositiva.

– El juez mantiene un rol de garantía, no de sustitución.

– La neutralidad del Estado actúa como principio rector frente al pluralismo moral.

Pero también revela desafíos como el riesgo de litigación obstructiva, la tensión entre tiempos judiciales y vitales, y la necesidad de seguir afinando los mecanismos de protección de la autonomía.

Como sostengo –y he desarrollado recientemente (Núñez Paz, *Europa Sur*, 10/5/26)– desde una posición crítica pero constructiva, el modelo no es perfecto, pero ha demostrado una notable capacidad de resistencia. La muerte de la solicitante en el caso analizado no solo cierra un conflicto individual, sino que abre una reflexión colectiva sobre la efectividad real de los derechos en contextos de alta conflictividad moral.

En última instancia, la cuestión no es si el sistema permite morir, sino si permite decidir. Y, por ahora, la respuesta constitucional parece inclinarse, con matices, hacia la afirmación.

VII. PROBLEMAS TÉCNICOS DETECTADOS EN LA LORE

1. **Retrasos procedimentales**

El desfase entre los plazos normativamente previstos y los tiempos reales de tramitación constituye, probablemente, la tensión estructural más reveladora del modelo español de eutanasia. La arquitectura del procedimiento –diseñada bajo la reiterada lógica garantista reforzada– responde a una preocupación legítima que supone evitar decisiones precipitadas, asegurar la voluntariedad del solicitante y blindar el proceso frente a abusos. Sin embargo, en la práctica, esta densidad procedimental introduce fricciones que impactan directamente en la efectividad del derecho reconocido.

El problema no reside únicamente en la duración formal del procedimiento, sino en la acumulación de micro-retardos administrativos como demoras en la designación de médicos consultores, tiempos de respuesta de las comisiones de garantía, o insuficiencia de unidades especializadas. Estos elementos generan un «tiempo sistémico» o «real» que supera ampliamente el «tiempo legal». La consecuencia más grave –el fallecimiento del solicitante antes de la resolución– no puede interpretarse como una mera disfunción puntual, sino como un indicador de inadecuación estructural entre norma y realidad asistencial.

Críticamente, esto plantea asimismo una paradoja central sobre el modelo garantista, concebido para proteger la autonomía del paciente, pues puede terminar neutralizando tal autonomía cuando no se acompaña de capacidad operativa suficiente. En realidad, se produce una disociación entre validez formal y eficacia material. La cuestión de

fondo no es, por tanto, si deben existir garantías, sino cómo modularlas dinámicamente en función de la situación clínica (por ejemplo, mediante procedimientos abreviados en contextos de pronóstico vital inminente) sin erosionar los estándares de control.

La reciente doctrina del Tribunal Supremo (STS 690/2026, de 3 de junio) pone de manifiesto una consecuencia que trasciende el debate sobre la legitimación activa. Una vez admitida la posibilidad excepcional de control jurisdiccional, el verdadero problema pasa a ser el tiempo del proceso. La efectividad de un derecho cuya razón de ser reside precisamente en evitar la prolongación de un sufrimiento intolerable exige una respuesta jurisdiccional extraordinariamente rápida. De lo contrario, el propio proceso puede convertirse en un factor de frustración del derecho que pretende garantizar.

2. **Objeción de conciencia**

El reconocimiento de la objeción de conciencia (Romeo Casabona, 2022) en el ámbito sanitario introduce una capa adicional de complejidad en la implementación de la ley. Desde un enfoque constitucional, este derecho se fundamenta en la libertad ideológica del profesional, lo que legitima su inclusión en el marco normativo. No obstante, su articulación práctica plantea problemas de equilibrio entre derechos individuales (del profesional) y derechos prestacionales (del paciente).

El establecimiento de registros de objetores ha supuesto un avance organizativo significativo, al permitir anticipar déficits de disponibilidad y planificar equipos alternativos. Sin embargo, la objeción de conciencia (Romeo Casabona, 2022) no es un fenómeno homogéneo ni distribuido de manera uniforme. En determinadas áreas –especialmente en entornos rurales o con menor densidad de profesionales– se produce una concentración que genera «zonas de fricción asistencial», donde el acceso efectivo a la prestación se vuelve incierto o dependiente de desplazamientos.

Críticamente, esto revela una insuficiencia del modelo de objeción estrictamente individual. Cuando la suma de decisiones individuales produce un efecto colectivo de bloqueo, emerge un problema de diseño institucional. La cuestión técnica clave será conocer si el sistema debe incorporar mecanismos correctores más robustos como, por ejemplo, obligaciones organizativas reforzadas para las administraciones sanitarias, incentivos a la disponibilidad profesional, o incluso límites funcionales a la objeción en contextos de escasez crítica.

En última instancia, el debate no gira estrictamente en torno a la legitimidad de la objeción, sino a su encaje en un sistema que pretende garantizar un derecho subjetivo de acceso. La experiencia acumulada sugiere que la mera previsión normativa es insuficiente si no se acompaña de políticas activas de gestión del recurso humano sanitario.

3. **Desigualdad territorial**

La configuración descentralizada del sistema sanitario español introduce un elemento estructural de variabilidad en la aplicación de la ley de eutanasia. Aunque el marco normativo es estatal, su ejecución depende de las comunidades autónomas, como ya valoramos anteriormente, lo que genera diferencias en la dotación de recursos, la organización de los servicios y la interpretación operativa de los procedimientos.

Los mecanismos de coordinación –informes del Ministerio de Sanidad y el papel del Consejo Interterritorial (4)– cumplen una función relevante de seguimiento y armonización. No obstante, su capacidad es fundamentalmente indirecta, basada en la cooperación y no en la imposición. En consecuencia, las diferencias territoriales persisten, especialmente en aspectos como los tiempos de resolución, la accesibilidad a equipos especializados o la carga de trabajo de las comisiones de garantía.

Esta situación nos recuerda un problema clásico del Estado autonómico y es el que se refiere a la tensión entre autonomía organizativa e igualdad en el acceso a derechos. En el caso de la eutanasia, esta tensión adquiere una dimensión especialmente sensible, ya que no se trata de una prestación sanitaria ordinaria, sino de un derecho ligado nada menos que a la dignidad en el final de la vida.

Críticamente, en este caso, cabe cuestionar si los actuales instrumentos de coordinación son suficientes para garantizar un estándar mínimo homogéneo. La evidencia empírica apunta a que no basta con establecer un marco común, sino que es necesario desarrollar indicadores comparables, sistemas de evaluación más exigentes y, eventualmente, mecanismos de corrección interterritorial. De lo contrario, el riesgo es consolidar una «geografía del acceso» en la que el ejercicio efectivo del derecho dependa, en parte, del lugar de residencia.

En conjunto, estos problemas técnicos no invalidan el modelo, pero sí evidencian que su madurez depende menos del diseño normativo inicial que de su capacidad de adaptación operativa. La ley de

(4) https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/profesionales/home.htm.

eutanasia, en este sentido, debe entenderse como un sistema dinámico que requiere ajustes continuos para alinear sus garantías formales con su efectividad real.

VIII ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento en la LORE constituye el eje normativo que articula la autonomía del paciente frente a la intervención médica que conduce a la eutanasia. La Ley refuerza esta institución mediante una serie de requisitos que buscan garantizar que la voluntad expresada sea auténtica, deliberada y jurídicamente válida. Entre ellos destacan la exigencia de que el consentimiento sea escrito, reiterado, informado y libre de presiones externas. Esta formalización no solo cumple una función probatoria, sino que asegura trazabilidad y certeza frente a posibles controversias judiciales o médicas, aunque simultáneamente plantea retos en términos de accesibilidad para pacientes con limitaciones físicas, cognitivas o de alfabetización.

La reiteración del consentimiento, que incluye períodos de reflexión obligatorios, fortalece la autenticidad de la decisión, evitando que ésta sea el resultado de impulsos transitorios o coacciones sutiles. Sin embargo, esta exigencia, si bien protege la voluntad del paciente, puede generar demoras críticas en casos de sufrimiento intenso, planteando un dilema ético entre la seguridad jurídica y la proporcionalidad en la protección del dolor.

En cuanto al consentimiento informado, la LORE se alinea con la teoría contemporánea que venimos manteniendo, exigiendo que el paciente reciba información completa, comprensible y actualizada sobre la enfermedad, su pronóstico, alternativas terapéuticas y las consecuencias del procedimiento. La novedad de la Ley radica en que este consentimiento se somete a una verificación institucional que evalúa su coherencia y suficiencia. Este control externo introduce un elemento de supervisión preventiva, propio de modelos bioéticos avanzados, aunque también puede implicar una burocratización que retrase la decisión del paciente y, en ciertos casos, tensione su autonomía efectiva.

La Ley también enfatiza que el consentimiento debe ser libre de presiones. Para ello, establece mecanismos de detección de influencias externas, incluyendo evaluaciones psicológicas y entrevistas multidisciplinarias. Este enfoque protege al paciente frente a coacciones, pero genera interrogantes sobre la discrecionalidad institucional y el respeto a la privacidad y confidencialidad.

Desde la perspectiva civil, el consentimiento se configura como un acto personalísimo. No se permite la representación directa, salvo mediante instrucciones previas documentadas en caso de pérdida de capacidad. Esta restricción fortalece la autonomía radical, aunque limita la participación de familiares o representantes en situaciones de incapacidad transitoria, planteando tensiones entre autonomía y tutela efectiva.

Finalmente, la LORE introduce un plus normativo de verificación institucional. Más allá de la información y la libertad, órganos clínicos y administrativos deben certificar la autenticidad y suficiencia del consentimiento. Esta medida representa un híbrido entre derecho civil, bioética y regulación administrativa, pues asegura seguridad jurídica y protección frente a abusos, si bien simultáneamente incrementa la complejidad y la duración del procedimiento, pudiendo afectar el derecho a decidir de manera expedita.

En suma, la LORE ofrece un modelo de consentimiento técnicamente sólido, que equilibra autonomía, protección del vulnerable y control institucional. No obstante, no se puede negar que persisten tensiones inherentes entre formalismo y accesibilidad, seguridad y rapidez, supervisión externa y autonomía real, cuestiones que reflejan los límites y desafíos contemporáneos de la regulación de la eutanasia.

Sobre el problema, la experiencia jurisprudencial demuestra reiteradamente que el verdadero núcleo litigioso de la LORE no se sitúa en la valoración ética de la eutanasia (STS 690/2026), sino en la correcta comprobación administrativa de la capacidad, la voluntariedad y la formación libre del consentimiento.

IX. IMPACTO EN EL SISTEMA PENAL

La reforma del artículo 143 del Código Penal español introducida por la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia no constituye una mera modificación semántica, sino un replanteamiento profundo del papel del derecho penal frente a prácticas que tradicionalmente se circunscribían al ámbito de lo delictivo. Desde una perspectiva dogmática penal, lo que la LORE incorpora no es una exención subjetiva de culpabilidad ni una simple eximente basada en el error, sino una verdadera causa de justificación normativa ya que, siempre que se cumplan todos los requisitos sustantivos y procedimentales que la ley impone, el acto de provocar la muerte a solicitud de otro deja de ser constitutivo de un delito de homicidio o cooperación en la eutanasia que se recoge en el artículo 143.4 CP bajo su redacción anterior. La

inclusión del apartado quinto, en términos técnicos, desplaza el acto de un contexto de prohibición absoluta a uno de autorización condicionada por la ley, lo que implica que los operadores jurídicos deben evaluar no sólo si hubo consentimiento o dolo, sino si se siguió escrupulosamente el procedimiento regulado en la LORE.

En términos de política criminal, este tránsito de lo penal a lo normativo especializado refleja una tendencia general en los Estados que han abordado la eutanasia que no elimina la regulación punitiva del hecho de causar la muerte, sino que se delimita su relevancia penal al margen de un marco de garantías y controles estrictos. De este modo, la eutanasia regulada no se percibe ya como un supuesto atenuado o como un acto susceptible de perdón, sino como una conducta legítima, valorada bajo condiciones objetivas (Núñez Paz, 1999; Romeo Casabona, 1994).

Desde luego, este enfoque exige un equilibrio muy delicado entre dos bienes jurídicos de rango constitucional y de inmenso valor como el derecho a la vida (art. 15 CE) y la autonomía personal (Núñez Paz, 2006); no es una cuestión de interpretación libre, sino de un juicio de ponderación que el legislador penal ha resuelto estableciendo umbrales de consentimiento, capacidad y procedimiento –criterios que obligan a evaluar caso por caso con rigor–.

La experiencia empírica durante los primeros años de aplicación de la LORE ofrece algunos indicadores relevantes para comprender el impacto penal de esta regulación. Hasta el momento no se ha registrado la apertura de procedimientos penales contra profesionales sanitarios que hubieran actuado conforme al marco legal establecido, lo que puede interpretarse como evidencia de que la causa de justificación opera con suficiente claridad y seguridad jurídica para que ni la fiscalía ni los tribunales vean indicios delictivos en actuaciones regladas.

Desde una perspectiva más criminológica, esta ausencia de litigios también indica que la norma ha creado criterios de actuación clínica previsibles y compartidos entre profesionales, reduciendo el riesgo de prácticas defensivas derivadas del miedo a posibles acusaciones de homicidio.

Sin embargo, esta aparente normalización no debe menospreciar desafíos técnicos persistentes. La aplicación práctica exige documentación rigurosa de todo el proceso de consentimiento informado, peritajes médicos sólidos sobre criterios de intolerabilidad del sufrimiento, y la integración de mecanismos de revisión que eviten desbordes normativos o interpretativos. Aunque la LORE establece estos mecanismos, su eficacia en situaciones complejas –por ejemplo, cuando hay discrepancias sobre la interpretación de sufrimiento intolerable o en

pacientes con deterioro cognitivo avanzado– sigue siendo permanente objeto de debate doctrinal.

Comparativamente, los Estados que han regulado la eutanasia y/o el suicidio asistido muestran enfoques compatibles, pero con diferencias técnicas relevantes. Países Bajos y Bélgica fueron pioneros en Europa, con leyes aprobadas en 2002 que establecieron marcos de autorización y revisión retrospectiva para prácticas que, sin regulación, habrían sido constitutivas de homicidio o asistencia al suicidio. En la última década, los datos disponibles muestran un aumento sostenido de casos reportados. En los Países Bajos (5), los casos de eutanasia han pasado de menos de 2000 en 2005 a más de 9000 en 2023, representando más del 5 % de todas las defunciones registradas; en Bélgica (6), el número también ha crecido exponencialmente en veinte años, con más de 2700 casos registrados en 2021. Estos datos sugieren que, en contextos donde la legislación es antigua y los controles son sistemáticos, la decisión de terminar la vida en situaciones de sufrimiento ha pasado de ser una excepción técnica a una práctica registrada formalmente y sujeta a revisión médica y administrativa.

Desde un punto de vista comparado, España comparte con estos modelos la apuesta por controles estrictos y procedimientos formales previos a la intervención, a diferencia de modelos más laxes o aquellos que únicamente despenalizan el suicidio asistido sin un sistema de revisión (como en algunos estados de EE. UU.). Esta comparación ilustra que la penalización no desaparece, sino que se incorpora a un sistema regulatorio donde la intervención tiene sentido dentro de parámetros bioéticos, clínicos y jurídicos bien delimitados. La experiencia internacional también muestra que, incluso en países con décadas de regulación, los tribunales siguen siendo un espacio de control subsidiario cuando surgen controversias sobre consentimiento, capacidad o interpretación de los criterios de sufrimiento, lo que subraya que la ausencia de procesos penales no equivale a la ausencia de escrutinio.

En resumen, el impacto de la regulación de la eutanasia en el sistema penal español consiste en la transformación de un acto potencialmente delictivo en una conducta legítima siempre que se respeten condiciones legales estrictas, reforzando la previsibilidad jurídica y la seguridad para los profesionales. Al mismo tiempo, obliga a mantener controles técnicos permanentemente actualizados y sensibles a complejidades clínicas y éticas, tomando en considera-

(5) https://english.euthanasiecommissie.nl/.

(6) https://consultativebodies.health.belgium.be/en/advisory-and-consultative-bodies/federal-commission-control-and-evaluation-euthanasia.

ción experiencias comparadas donde el equilibrio entre protección de la vida y autonomía ha requerido mecanismos de revisión continuos y profundos.

X. BALANCE CRÍTICO TRAS MÁS DE CUATRO AÑOS DE VIGENCIA

Tras más de cuatro años desde la implementación de la ley de eutanasia, es posible realizar un análisis que combine el reconocimiento de los logros institucionales con la identificación de tensiones y desafíos pendientes. La experiencia acumulada permite evaluar tanto la eficacia de los mecanismos implementados como la maduración del marco ético-jurídico y social.

1. **Consolidación institucional**

La ley ha logrado integrarse plenamente dentro de la cartera de prestaciones sanitarias públicas, lo que supone un hito significativo en términos de accesibilidad y formalización. Las Comisiones de valoración y control, encargadas de supervisar cada solicitud, han establecido procedimientos regulares que reducen la arbitrariedad, aunque la variabilidad regional en su funcionamiento aún refleja desigualdades en la implementación.

Sin embargo, la institucionalización no ha estado exenta de críticas, *vg.* la carga administrativa de los informes médicos, la coordinación entre distintos niveles asistenciales y la garantía de plazos coherentes son áreas donde se identifican cuellos de botella. A pesar de ello, la ley ha generado un marco predecible que protege tanto a los profesionales como a los pacientes, reforzando la seguridad jurídica de la prestación.

2. **Cultura jurídica emergente**

Uno de los efectos más notables ha sido la consolidación de una cultura jurídica en torno a la eutanasia. Se observa una normalización progresiva del debate público y clínico, y los tribunales, los colegios profesionales y los servicios de ética hospitalaria han comenzado a generar criterios interpretativos comunes, lo que contribuye a una mayor coherencia en la aplicación de la ley.

La planificación anticipada de la atención, incluyendo documentos de voluntades anticipadas, ha experimentado un incremento. Esto no solo refleja un mayor nivel de conciencia social sobre el derecho a decidir sobre la propia vida, sino que también evidencia una transición hacia un modelo de autonomía deliberativa (Rey Martínez, 2023), donde los profesionales sanitarios participan como facilitadores informados más que como ejecutores pasivos de solicitudes.

No obstante, esta cultura jurídica emergente sigue siendo frágil; persisten divergencias en la interpretación del «sufrimiento insoportable» y en la valoración de condiciones psicológicas complejas, lo que indica que la normalización aún está en construcción.

3. **Tensiones persistentes**

A pesar de los avances, la experiencia acumulada evidencia tensiones estructurales y conceptuales:

– Duración del procedimiento: Aunque los plazos legales buscan equilibrar la seguridad y la rapidez, la tramitación puede extenderse más de lo deseable, generando ansiedad en pacientes terminales y dificultando la previsibilidad clínica. La burocratización del proceso, necesaria para proteger derechos, puede colisionar con la urgencia de algunas situaciones médicas.

– Interpretación del sufrimiento psíquico (Raga i Vives, 2022): El reconocimiento del sufrimiento psicológico como causa válida de eutanasia plantea desafíos complejos. La heterogeneidad diagnóstica y la subjetividad inherente al dolor psíquico exigen criterios clínicos rigurosos y consensuados. La falta de protocolos estandarizados provoca debates éticos sobre límites, proporcionalidad y riesgo de desigualdad en el acceso.

– Necesidad de formación especializada: La implementación segura de la ley requiere competencias clínicas y éticas avanzadas. La experiencia muestra que muchos profesionales aún demandan formación específica en comunicación de malas noticias, manejo de solicitudes de eutanasia y abordaje del sufrimiento multidimensional. Sin una capacitación sistemática, se corre el riesgo de decisiones inconsistentes o de sobrecarga emocional en el personal sanitario.

Estas tensiones subrayan que, aunque la ley se ha consolidado institucionalmente, su implementación plena depende de un equilibrio continuo entre seguridad jurídica, autonomía del paciente y compe-

tencia profesional, en un contexto social que sigue evolucionando en su percepción de la muerte asistida.

4. **Judicialización del procedimiento y legitimación de terceros**

La reciente doctrina del Tribunal Supremo (ver apartados VI.5 y VI.6) sobre legitimación de familiares especialmente vinculados (STS 690/2026, de 3 de junio) introduce una nueva dimensión conflictiva en la aplicación de la LORE. Aunque esta apertura jurisdiccional refuerza formalmente la tutela judicial efectiva, también incrementa el riesgo de litigios estratégicos capaces de afectar a la efectividad temporal del derecho. El principal desafío futuro consistirá en compatibilizar control jurisdiccional y protección real de la autonomía del solicitante sin transformar el proceso judicial en un mecanismo indirecto de bloqueo.

XI. PERSPECTIVA COMPARADA Y POSICIÓN EUROPEA

Como advertíamos más arriba, España se posiciona hoy entre los países europeos con regulación expresa y garantista de la eutanasia, pero su modelo revela tensiones críticas entre formalismo jurídico y respeto efectivo a la autonomía del paciente. Frente a países pioneros como Países Bajos y Bélgica, donde la eutanasia se desarrolló primero a través de protocolos médicos y jurisprudencia flexible, España adoptó un modelo estrictamente normativo y procedimental, reflejo de una tradición continental de derecho civil centrada en la seguridad y la previsibilidad, más que en la pragmática autonomía individual.

El sistema español exige un control previo administrativo riguroso, que incluye informes médicos, comisiones de evaluación y plazos de reflexión obligatorios. Si bien estos mecanismos garantizan transparencia y protección frente a abusos, desde una perspectiva crítica plantean varias objeciones:

1. Retraso en la decisión: los plazos y revisiones pueden prolongar el sufrimiento del paciente, lo que en la práctica limita la eficacia de la ley para quienes enfrentan situaciones terminales de dolor intenso.
2. Formalismo sobre autonomía: la insistencia en procedimientos administrativos detallados puede subordinan la voluntad del

paciente al aparato burocrático, creando un efecto paradójico donde el derecho a decidir se ve retrasado por el exceso de garantías formales.

3. Riesgo de inequidad: el sistema puede favorecer a pacientes con acceso a centros urbanos, médicos con experiencia en protocolos de eutanasia y conocimiento del procedimiento, dejando a pacientes en áreas rurales o con menor capacidad de navegación administrativa en desventaja.

Comparando con el modelo neerlandés, donde el criterio de sufrimiento insoportable y la autonomía del paciente priman sobre la rigidez del procedimiento, se observa que España prioriza la certeza legal sobre la flexibilidad ética. En Bélgica y Luxemburgo, se ha evidenciado cómo un enfoque más flexible puede facilitar la atención inmediata, aunque también abre debates sobre expansión gradual de la eutanasia a contextos menos estrictamente terminales, un fenómeno que el legislador español busca evitar mediante su formalismo.

Críticamente, esta tradición de formalismo procedimental refleja una concepción jurídica clásica del derecho como garantía frente al riesgo, pero también evidencia un cierto retraso cultural frente a los debates bioéticos contemporáneos que enfatizan la autonomía como valor central. En otras palabras, la ley española podría ser vista como demasiado cautelosa, intentando prevenir riesgos teóricos a costa de la experiencia inmediata de los pacientes, mientras que países con modelos más «pioneros» asumen riesgos prácticos para maximizar el derecho efectivo a morir con dignidad.

Desde la perspectiva de política comparada y bioética, la ley española encarna un equilibrio híbrido, pues asegura protección legal y control social, incorpora principios éticos fundamentales –autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia– y establecen garantías claras frente a abusos, pero mantiene a su vez una tensión estructural entre formalismo y agilidad práctica, que sigue siendo un tema de debate crítico. Esta tensión refleja un dilema contemporáneo de los sistemas de derecho civil en torno a cómo regular derechos emergentes sensibles sin sacrificar la seguridad jurídica, y al mismo tiempo permitir que la norma cumpla su objetivo ético real en la vida de los pacientes.

En conclusión, España no es ni tan liberal como Países Bajos ni tan restrictiva como los sistemas meramente despenalizadores, sino un modelo intermedio garantista, que plantea un dilema constante entre eficacia práctica y formalismo legal, mostrando cómo la regulación de la eutanasia sigue siendo uno de los terrenos más complejos de la interacción entre derecho, ética y medicina en Europa.

RESUMEN SINÓPTICO COMPARADO

País	Marco legal	Procedimiento y requisitos	Garantías y controles	Riesgos y críticas	Debate ético actual
España.	Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia.	Solicitud voluntaria y consciente; dos solicitudes separadas por 15 días; informes médicos; revisión por comisión de garantías y evaluación; autorización administrativa previa.	Fuerte formalismo: doble informe médico, comité de evaluación; control administrativo centralizado; obligación de ofrecer alternativas paliativas.	Retrasos que pueden prolongar sufrimiento; burocracia compleja; inequidad geográfica; subordinación de la autonomía del paciente a la tramitación.	Debate sobre tensión entre formalismo y autonomía; preocupación por agilidad del procedimiento en casos terminales; crítica por exceso de burocracia frente a sufrimiento inmediato.
Países Bajos.	Ley de Eutanasia y Suicidio Asistido 2002.	Sufrimiento insoportable sin perspectiva de mejora; solicitud escrita; consulta con médico independiente; documentación médica; registro obligatorio posterior.	Revisión retrospectiva por comités regionales; flexibilidad para casos urgentes; énfasis en autonomía del paciente.	Riesgo de expansión gradual a casos no terminales; presión social o familiar implícita; críticas sobre sujetos vulnerables.	Debate sobre criterios de sufrimiento subjetivo; extensión gradual a personas con enfermedades mentales; modelo pionero con enfoque en autonomía.
Bélgica.	Ley de Eutanasia 2002.	Sufrimiento físico o psicológico intolerable; solicitud voluntaria y repetida; consulta con médico independiente; procedimiento registrado; posibilidad de menor edad (16-17 años con consentimiento parental).	Comités de revisión regionales; supervisión retrospectiva; protocolos médicos detallados.	Inclusión de menores y personas con enfermedades mentales genera controversia; riesgo de normalización gradual; dilema sobre autonomía vs protección.	Debate sobre edad mínima, capacidad de consentimiento, y expansión a sufrimiento no físico; país con modelo más liberal en Europa.
Luxemburgo.	Ley de Eutanasia y Suicidio Asistido 2009.	Sufrimiento físico o psicológico intolerable; solicitud voluntaria; revisión médica múltiple; consentimiento informado; comité de control posterior.	Supervisión administrativa; doble verificación médica; revisión retrospectiva.	Procedimientos complejos pueden generar retrasos; pequeña población limita datos empíricos; riesgo de presión familiar.	Discusión sobre aplicación en enfermedades mentales; comparación con modelos neerlandés y belga; equilibrio entre seguridad y autonomía.

* Observaciones:

1. Formalismo vs. autonomía: España prioriza la seguridad jurídica y el control administrativo, mientras que Países Bajos y Bélgica privilegian la autonomía individual, lo que genera tensiones entre rapidez de acceso y protección frente a abusos.
2. Riesgos de expansión: Modelos más liberales muestran cómo la práctica puede expandirse gradualmente a contextos menos terminales, un fenómeno que España busca prevenir mediante formalismo estricto.
3. Equidad de acceso: Los sistemas con procedimientos burocráticos complejos, como el español o el luxemburgués, pueden generar inequidades geográficas o socioeconómicas.
4. Supervisión retrospectiva vs. autorización previa: España enfatiza control previo; Países Bajos y Bélgica confían en supervisión retrospectiva, reflejando diferentes concepciones de responsabilidad médica y ética.

Para una comprensión más clara, se puede presentar el siguiente cuadro comparativo final:

COMPARATIVA CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LA EUTANASIA EN EUROPA

País	Modelo	Características	Críticas Principales
Países Bajos	Legalización desde 2002	Enfoque flexible, permite eutanasia y suicidio asistido con control médico.	• **Excesiva laxitud.** Casos de ampliación a pacientes con demencia y menores.
Bélgica	Legalización desde 2002	Permite eutanasia para adultos y menores bajo determinadas condiciones.	• **Ampliación indiscriminada.** Falta de controles estrictos y supervisión.
Luxemburgo	Legalización desde 2009	Eutanasia y suicidio asistido con requisitos médicos.	• **Escaso seguimiento.** Críticas por falta de transparencia.
España	Ley de 2021	Sistema garantista con control administrativo previo y múltiples evaluaciones.	• **Excesivo burocratismo.** Acceso limitado y procedimientos lentos.
Alemania	Despenalización del suicidio asistido en 2020	Permiso para suicidio asistido sin regulación clara específica.	• **Vacío legal.** Falta de protección y regulación adecuada.
Italia	Prohibición total	Eutanasia prohibida, solo cuidados paliativos permitidos.	• **Restrictivo y desactualizado.** Negación de autonomía personal.

XII. JURISPRUDENCIA RECIENTE Y CASUÍSTICA RELEVANTE EN LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 3/2021

1. **La consolidación constitucional del modelo español**

La cuestión nuclear en los primeros años de vigencia de la Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) ha sido, sin duda, su encaje constitucional dentro del sistema de derechos fundamentales. El debate jurídico se articuló en torno a una tensión clásica pero especialmente intensificada en este ámbito, la referida a la relación entre el artículo 15 CE (derecho a la vida) y la posibilidad de reconocer normativamente una prestación pública orientada a provocar la muerte en determinadas condiciones.

Este conflicto no era meramente teórico, sino estructural ya que, si el derecho a la vida se interpreta como un deber de vivir, la eutanasia resultaría constitucionalmente imposible; y si, por el contrario, se concibe como un derecho de protección frente a terceros –y no frente a la propia voluntad–, se abriría el espacio para su regulación. En este

punto, la intervención del Tribunal Constitucional (SSTC 19/2023 y 94/2023) ha sido decisiva para estabilizar el modelo.

El pronunciamiento constitucional resolvió esta controversia mediante una relectura garantista y no absolutista del derecho a la vida, afirmando tres ideas clave:

– La Constitución no impone un deber jurídico de vivir, descartando así una interpretación paternalista del artículo 15 CE.
– El derecho a la vida no puede convertirse en una obligación de mantenerse con vida contra la propia voluntad, especialmente en contextos de sufrimiento grave, crónico o terminal.
– El legislador dispone de un margen de configuración suficiente para articular un derecho a morir dignamente (Tomás-Valiente Lanuza, 2021), siempre que se establezcan garantías estrictas que eviten abusos o decisiones no plenamente autónomas.

En coherencia con la línea que planteamos, ya advertida en epígrafes anteriores, este fallo no reconoce un derecho fundamental autónomo a la eutanasia, lo cual es crucial subrayar. El TC evita elevar la eutanasia al mismo plano que derechos como la vida o la integridad física, y opta por una construcción más prudente, pues la configura como un derecho subjetivo de origen legal, sustentado indirectamente en principios constitucionales como la dignidad humana (art. 10 CE) y la libertad personal (STC 19/2023, de 22 de marzo) (7).

De este modo, el Tribunal no reconoce un verdadero «derecho fundamental a la muerte», sino un derecho subjetivo de configuración legal sustentado indirectamente en la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía individual, manteniendo una construcción constitucional deliberadamente prudente que continúa generando una intensa discusión doctrinal acerca del alcance y naturaleza jurídica de la autodeterminación sobre el propio proceso de morir (STC 19/2023; Bardavío Antón, 2024).

Este punto es especialmente relevante desde la perspectiva crítica, pues la decisión del Tribunal puede interpretarse como una solución de compromiso, ya que legitima la eutanasia sin alterar la arquitectura clásica de los derechos fundamentales. Sin embargo, tal técnica plantea interrogantes como hasta qué punto un derecho tan sensible puede depender exclusivamente de la voluntad del legislador, o si existe el

(7) La sentencia clave es la STC 19/2023, de 22 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021. El Tribunal Constitucional evita construir la eutanasia como un nuevo derecho fundamental autónomo equiparable al derecho a la vida o a la integridad física en sentido clásico, y opta por una fundamentación más prudente y mediata.

riesgo de regresión normativa si cambiara la mayoría política; o si se estará infra-protegiendo la autonomía personal (Núñez Paz, 2006) al no reconocerle rango fundamental pleno en este ámbito.

El TC opta claramente por una interpretación sistemática del ordenamiento constitucional, en la que el derecho a la vida no se concibe como absoluto, sino como compatible con el respeto a la autodeterminación en el proceso de morir, siempre que concurran garantías suficientes. De tal forma que se rompe con concepciones tradicionales de sacralidad de la vida en términos jurídicos y sitúa el foco en la calidad y condiciones de esa vida, en línea con la bioética contemporánea.

Además, tal interpretación, como se puede suponer, tiene consecuencias profundas ya que introduce una relativización funcional del derecho a la vida, que deja de ser un límite infranqueable para convertirse en un derecho ponderable, consolida la autonomía personal (Núñez Paz, 2006) como eje hermenéutico central en el ámbito sanitario y del final de la vida y refuerza la idea de que los derechos fundamentales deben interpretarse de forma evolutiva, adaptándose a los cambios sociales, médicos y éticos.

No obstante, la construcción no está, obviamente, exenta de tensiones. El modelo español queda anclado en una doble dependencia, por un lado, de la densidad garantista del procedimiento administrativo; por otro, de la interpretación judicial de conceptos indeterminados como «sufrimiento intolerable» o «condición médica grave». Desplazándose así parte del debate desde el plano constitucional al plano aplicativo y casuístico, donde surgen nuevos problemas como la disparidad de criterios entre comisiones autonómicas; la judicialización de denegaciones o retrasos en la prestación; las correspondientes dificultades probatorias en la evaluación de la voluntad libre y persistente del paciente, etc.

La relevancia técnica de la sentencia del TC (8) es, por tanto, doble, ya que se puede cerrar la vía de inconstitucionalidad estructural, asegurando la estabilidad del modelo español dentro del marco constitucional a la vez que refuerza el principio de autonomía como eje interpretativo de la LORE, aunque sin elevarlo a la categoría de derecho fundamental autónomo, lo que mantiene abierta una discusión doctrinal de gran calado.

En definitiva, la jurisprudencia constitucional no solo valida la ley, sino que redefine el equilibrio entre vida, dignidad y libertad en el ordenamiento español, aunque lo hace desde una posición prudente que, lejos de cerrar el debate, lo desplaza hacia nuevos terrenos como la aplicación práctica, la igualdad en el acceso y la eventual evolución futura del estatus jurídico de la eutanasia.

(8) STC 19/2023, especialmente sus fundamentos jurídicos 5, 6 y 9.

2. **Control jurisdiccional contencioso-administrativo: alcance y límites. Legitimación activa de terceros**

La práctica judicial derivada de la aplicación de la Ley Orgánica 3/2021 (LORE) ha puesto de manifiesto que la litigiosidad no se ha articulado principalmente a través de impugnaciones abstractas del modelo –una vez resuelto el núcleo del debate constitucional por las SSTC 19/2023 y 94/2023–, sino a partir de conflictos concretos vinculados a decisiones de las Comisiones de Garantía y Evaluación. El foco se ha desplazado así desde el plano estrictamente normativo hacia el aplicativo, donde emergen discrepancias relativas a la capacidad decisoria del solicitante, la interpretación del sufrimiento intolerable, la objeción de conciencia o la legitimación de terceros familiares.

En este contexto, la jurisprudencia contencioso-administrativa bastante reciente –particularmente la STSJ Comunidad Valenciana 146/2023, de 25 abril (ECLI: ES: TSJCV:2023:1165), así como la litigiosidad derivada del ya abordado «caso Noelia Castillo»– ha comenzado a delimitar el alcance del control jurisdiccional sobre las decisiones adoptadas por las Comisiones de Garantía y Evaluación, tendiendo a reconocer un margen relevante de apreciación técnico-sanitaria y limitando la revisión judicial a la regularidad procedimental, la motivación suficiente y la ausencia de arbitrariedad. Esta línea parece consolidada a partir de la doctrina casacional ya dictada por la STS 690/2026, de 3 de junio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La jurisprudencia valora tres criterios fundamentales resumibles en que:

– El juez no sustituye el juicio clínico, reconociendo la especificidad técnica de las valoraciones médicas implicadas en la eutanasia.
– El control es de legalidad y razonabilidad, no de oportunidad ni de conveniencia médica.
– Se examina la corrección procedimental y la motivación, como elementos centrales de la validez del acto administrativo.

Desde una perspectiva técnico-jurídica, este posicionamiento resulta esencial para evitar una deriva hacia un modelo de «hiperjudicialización sanitaria», en el que el juez se convierta en un decisor material sobre cuestiones clínicas complejas. La jurisdicción contencioso-administrativa no está diseñada –ni institucional ni epistemológicamente– para

sustituir el juicio experto de los profesionales sanitarios, sino para garantizar que dicho juicio se emite dentro de los márgenes legales.

En consecuencia, el núcleo del control jurisdiccional se sitúa en la verificación de otros tres elementos básicos:

– El respeto de los plazos y del procedimiento legalmente establecido, lo que incluye la correcta secuencia de solicitudes, informes y revisiones.
– La existencia de una motivación suficiente, entendida no como una mera formalidad, sino como una justificación racional, comprensible y fundada de la decisión adoptada.
– La adecuada valoración de los requisitos legales, en particular la concurrencia de una situación de sufrimiento grave, crónico o terminal, y la manifestación libre, informada y persistente de la voluntad del paciente (Juanatey Dorado, 2021).

Este modelo de control se alinea con los principios clásicos del derecho administrativo, en particular con la distinción entre discrecionalidad técnica y control jurisdiccional, donde el juez puede fiscalizar los límites externos del juicio técnico (procedimiento, coherencia, ausencia de arbitrariedad), pero no sustituir su contenido, salvo en casos de error manifiesto o irracionalidad.

Desde un enfoque crítico –y en coherencia con nuestro planteamiento– esta línea jurisprudencial pude ser, en términos generales, correcta y funcional al diseño del sistema. Permite preservar el carácter garantista de la LORE sin desnaturalizarlo. Si el juez asumiera una revisión sustantiva plena del juicio clínico, se producirían efectos problemáticos como el desplazamiento del centro decisional desde el ámbito sanitario especializado hacia el judicial, con pérdida de calidad técnica en la decisión; existiría riesgo de inseguridad jurídica, al introducir criterios judiciales potencialmente dispares en materias altamente especializadas y se generaría una dilación en los procedimientos, incompatible con la naturaleza urgente de muchos supuestos de eutanasia.

No obstante, esta posición tampoco está exenta de límites y tensiones. En la práctica, el control de «razonabilidad» puede convertirse en una zona gris, donde el juez, bajo la apariencia de control formal, realiza valoraciones indirectas sobre el contenido del juicio clínico, planteando interrogantes relevantes en torno a dónde termina el control de motivación y comienza la revisión sustantiva, a si puede considerarse suficiente cualquier motivación formalmente correcta, aunque materialmente discutible, o si existe un riesgo de deferencia excesiva hacia la Administración sanitaria. Además, la propia indeterminación de conceptos legales clave –como «sufrimiento intolerable» o «condición

médica grave»– amplía el margen de apreciación de las Comisiones, lo que reduce la intensidad del control judicial efectivo. En este sentido, podría sostenerse que el modelo actual tiende hacia un control jurisdiccional débil, que prioriza la estabilidad del sistema sobre la revisión material de decisiones potencialmente controvertidas.

En definitiva, el control contencioso-administrativo en materia de eutanasia se configura como un control externo, limitado y deferente, orientado a garantizar la legalidad del procedimiento sin invadir el ámbito técnico sanitario. Esta configuración es coherente con el diseño normativo de la LORE, pero mantiene abierta una tensión estructural en torno a cómo asegurar una tutela judicial efectiva sin transformar al juez en un decisor clínico.

Desde una visión de evolución futura, el desafío consistirá en afinar los estándares de control (especialmente en materia de motivación y razonabilidad) para evitar tanto la injerencia excesiva como la pasividad jurisdiccional, consolidando así un equilibrio real entre garantías jurídicas y competencia técnica.

La doctrina jurisprudencial ha experimentado una inflexión relevante tras el acuerdo del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de mayo de 2026 (ver apartados VI.5 y VI.6), que reconoció legitimación para recurrir judicialmente la concesión de la eutanasia a personas con una vinculación particularmente estrecha con el solicitante. Esta evolución amplía el espacio del control jurisdiccional indirecto sobre el procedimiento, aunque sin alterar la naturaleza personalísima del derecho reconocido por la Ley Orgánica 3/2021.

La cuestión central deja así de ser la mera admisión procesal del recurso para desplazarse hacia la delimitación de los efectos del control judicial y, especialmente, hacia la necesidad de impedir que la litigación prolongada vacíe materialmente de contenido el derecho cuya protección constitucional ha sido ya reconocida.

3. **Casuística reciente: capacidad, conflicto familiar y sufrimiento psíquico**

La experiencia aplicativa de la Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) ha evidenciado que las principales tensiones no surgen en el plano abstracto de la norma, sino en su proyección sobre situaciones humanas límite, donde confluyen factores médicos, emocionales, familiares y jurídicos (Raga i Vives, 2022). Es en esta casuística donde el modelo revela sus zonas de fricción más significativas, obligando a los operadores jurídicos a interpretar conceptos abiertos y a ponderar valores en conflicto.

A) Conflictos familiares frente a voluntad del paciente

Uno de los patrones más reiterados en la práctica reciente ha sido la oposición de familiares a la decisión del solicitante, especialmente en contextos de alta carga emocional o desacuerdo ético. Estos conflictos han llegado a los tribunales, que han tenido que pronunciarse sobre una cuestión definitivamente clave: quién es, en última instancia, el titular de la decisión.

La línea jurisprudencial –tanto en órganos jurisdiccionales ordinarios como en la interpretación general del sistema– venía siendo más clara y la voluntad del paciente capaz prevalecía –hasta la STS 690/2026, de 3 de junio– sobre cualquier oposición familiar. La familia, aun siendo un actor relevante en el plano afectivo, no ostentaba hasta ahora legitimación jurídica para sustituir ni bloquear la decisión autónoma del sujeto.

Esta idea no era casual a mi entender, sino que respondería a una transformación profunda del derecho sanitario contemporáneo. Frente a modelos tradicionales de corte paternalista –donde la familia o el médico asumían un rol decisorio–, el sistema actual se articula, a mi entender, y contra la reciente doctrina del TS (2026), en torno al principio de autonomía personal (Núñez Paz, 2006) como eje estructural. Solo en aquellos casos en que se cuestione la capacidad del paciente o la regularidad del procedimiento debería caber una intervención judicial correctora.

Esta idea refuerza así el carácter estrictamente personalísimo del derecho a la prestación de ayuda para morir. La decisión no debería ser delegable, ni sustituible, ni condicionable por terceros. La familia puede acompañar, pero no decidir.

Ahora bien, el planteamiento, aunque jurídicamente puede parecer sólido, tampoco está exento de discrepancias. En la práctica, la oposición familiar puede generar bloqueos fácticos en la ejecución de la prestación, presiones indirectas sobre el paciente o el equipo sanitario, y conflictos/litigios que dilatan el procedimiento (ver «caso Noelia Castillo» ya analizado).

En este sentido, desde mi punto de vista, el derecho debería afirmar con claridad la primacía de la autonomía, aunque no siempre logre neutralizar los conflictos relacionales que emergen en la realidad clínica, y que revelan un límite estructural del modelo jurídico frente a la complejidad de las dinámicas familiares.

B) Sufrimiento psíquico y trastorno mental.

La cuestión más compleja –y probablemente la más delicada desde el punto de vista doctrinal– ha sido la interpretación del sufrimiento

psíquico (Raga i Vives, 2022) como fundamento suficiente para acceder a la eutanasia. Aquí el sistema se enfrenta a uno de sus mayores desafíos, el de cómo objetivar jurídicamente una experiencia subjetiva, sin caer ni en el reduccionismo médico ni en la banalización del derecho.

Algunas resoluciones recientes han confirmado decisiones administrativas favorables a la prestación de ayuda para morir en supuestos de padecimientos crónicos no terminales, incluso cuando concurrían antecedentes psiquiátricos relevantes, siempre que quedara suficientemente acreditada la capacidad decisoria del solicitante y la persistencia de un sufrimiento grave, constante e irreversible. Especial relevancia presenta, en este sentido, la litigiosidad derivada del denominado «caso Noelia Castillo», en el que –inicialmente– tanto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como posteriormente el Tribunal Supremo rechazaron los recursos interpuestos contra la autorización de la eutanasia de una paciente afectada por paraplejia y antecedentes psiquiátricos, al considerar que no existían elementos técnicos suficientes para desvirtuar la validez de su consentimiento ni la concurrencia de un padecimiento grave, crónico e imposibilitante conforme a la Ley Orgánica 3/2021.

Estas resoluciones reflejaban una tendencia jurisprudencial orientada a evitar automatismos excluyentes en relación con la enfermedad mental, desplazando el centro del análisis hacia la capacidad funcional concreta del paciente, la estabilidad de la voluntad manifestada y la evaluación clínica individualizada del sufrimiento.

A mi entender, el punto decisivo no reside tanto en la naturaleza del sufrimiento (físico o psíquico), sino en la calidad de la voluntad que lo acompaña. Es decir, creo realmente que el eje del análisis se desplaza desde la patología hacia la autonomía.

Sin embargo, aquí emerge el principal riesgo, la posible confusión entre deseo suicida reactivo y decisión reflexiva, libre y sostenida en el tiempo. Esta distinción, que puede parecer clara en abstracto, me temo que resulta extraordinariamente difícil en la práctica clínica, especialmente en contextos de trastornos depresivos o de personalidad.

Por ello, la exigencia de un estándar probatorio reforzado, ya mencionado también anteriormente, no es una opción, sino una necesidad estructural del sistema. La intervención de equipos multidisciplinares, la evaluación longitudinal de la voluntad y la reiteración de la solicitud adquieren aquí una función esencial, no solo garantista, sino también epistemológica, en la medida en que buscan asegurar que la decisión no sea producto de una fluctuación emocional o de una patología tratable.

Críticamente, puede sostenerse que el modelo español mantiene una posición intermedia, ya que no excluye el sufrimiento psíquico (Raga i Vives, 2022) –lo que sería difícilmente justificable desde la igualdad material–, pero tampoco lo integra sin reservas, imponiendo condiciones más exigentes. Esta solución evita tanto el cierre injustificado del sistema como su apertura indiscriminada, aunque mantiene inevitablemente un excesivo margen de incertidumbre interpretativa.

C) Fallecimiento durante la tramitación

Una de las casuísticas más reveladoras –y problemáticas– ha sido la del fallecimiento del solicitante antes de la finalización del procedimiento. Estos supuestos han generado reclamaciones por responsabilidad patrimonial y han reactivado el debate sobre la adecuación temporal del modelo garantista.

No puede establecerse una equivalencia automática entre fallecimiento previo y vulneración del derecho. El sistema diseñado por la LORE incorpora deliberadamente tiempos de reflexión y verificación, que forman parte de su lógica (garantista). No se trata de un fallo del sistema, sino de una característica estructural del mismo.

La clave, por tanto, reside en distinguir entre supuestos de retraso estructural injustificado, donde la Administración no actúa con la diligencia exigible, y casos en los que el procedimiento se desarrolla dentro de los plazos razonables, teniendo en cuenta la complejidad clínica y administrativa.

El problema emerge cuando el diseño garantista no va acompañado de los medios materiales y organizativos suficientes, como parece que en algunas situaciones está sucediendo. En estos casos, el tiempo deja de ser garantía y se convierte en obstáculo, generando una situación paradójica en la que el exceso de cautela impide la efectividad del derecho.

Si es así, esta casuística pone de manifiesto una de las tensiones más profundas del modelo español cual es la dificultad de compatibilizar seguridad jurídica y urgencia vital. En contextos de sufrimiento extremo, el tiempo no es una variable neutra, sino un elemento sustancial del derecho mismo.

4. **Objeción de conciencia: interpretación judicial**

La Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) reconoce expresamente el derecho del personal sanitario a la objeción de conciencia (Romeo Casabona, 2022), configurándolo como una garantía necesaria

en un ámbito donde confluyen convicciones éticas profundas y prácticas médicas de alto impacto moral. Sin embargo, la experiencia aplicativa y la interpretación judicial han puesto de relieve que este derecho no puede entenderse en términos absolutos ni expansivos, sino dentro de límites precisos que aseguren la coherencia del sistema.

La jurisprudencia constitucional ha delimitado de forma especialmente estricta el alcance de la objeción de conciencia en el ámbito de la eutanasia. En particular, la STC 94/2023 afirma que las únicas actuaciones susceptibles de quedar amparadas por la objeción de conciencia (Romeo Casabona, 2022) son las intervenciones individuales de los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir, rechazando expresamente cualquier extensión de este derecho a instituciones o personas jurídicas. El Tribunal Constitucional advierte además que una interpretación expansiva de la objeción podría comprometer la efectividad de la prestación sanitaria reconocida por la Ley Orgánica 3/2021, alterando el equilibrio diseñado por el legislador entre libertad de conciencia y garantía efectiva del derecho del paciente (STC 94/2023, FJ 11).

Desde esta idea, la objeción de conciencia se configura como un mecanismo de protección individual de la libertad ideológica del profesional sanitario (Romeo Casabona, 2022), pero no como un instrumento apto para producir bloqueos estructurales o institucionales del acceso a la prestación. Esta construcción conecta, además, con la tradicional interpretación restrictiva que el propio Tribunal Constitucional mantuvo en otro tiempo respecto de la objeción de conciencia como excepción al cumplimiento de deberes legales (*vid.* SSTC 160/1987 y 161/1987).

Esta delimitación resulta esencial. Admitir una objeción de conciencia (Romeo Casabona, 2022) de carácter institucional –por ejemplo, a nivel de centros sanitarios– supondría, en la práctica, permitir zonas de exclusión del derecho, generando desigualdades territoriales y vulnerando el principio de acceso equitativo. Del mismo modo, tolerar un ejercicio desordenado o no coordinado de la objeción individual podría producir efectos equivalentes a una denegación indirecta de la prestación.

Así pues, la objeción debe ser objeto de una interpretación estricta y funcional, no expansiva. No se trata de limitar el derecho del profesional, sino de evitar su instrumentalización o su proyección más allá de su núcleo legítimo. El riesgo de una ampliación indiscriminada no es teórico, podría generar una erosión silenciosa del derecho del solicitante, desplazando el problema desde la norma hacia la práctica asistencial.

La clave, por tanto, no reside únicamente en la delimitación jurídica del derecho, sino en su gestión organizativa. Es la Administración

sanitaria la que debe garantizar que el ejercicio de la objeción no afecte a la continuidad del servicio, mediante mecanismos eficaces de sustitución inmediata, planificación de recursos y previsión de equipos no objetores. En este punto, el derecho administrativo se convierte en el verdadero garante del equilibrio entre derechos en conflicto.

En definitiva, la objeción de conciencia, correctamente entendida, no debe ser un elemento de disfunción del sistema, sino una pieza integrada en su arquitectura. Pero su viabilidad va a depender de una interpretación restrictiva y de una ejecución organizativa rigurosa que impida que se convierta en un factor de desigualdad o bloqueo.

5. **Tendencias interpretativas emergentes**

El análisis conjunto de la casuística reciente permite identificar una serie de tendencias interpretativas que, sin constituir todavía una doctrina completamente consolidada, apuntan hacia la consolidación progresiva del modelo español en la práctica.

A. Refuerzo de la autonomía decisoria

La evolución jurisprudencial ha consolidado con claridad la idea de que el núcleo del derecho a la prestación de ayuda para morir reside en la voluntad libre, informada y persistente del paciente. Este principio no solo opera como requisito legal, sino como auténtico criterio hermenéutico que orienta la interpretación de toda la norma.

En este sentido, puede afirmarse que el sistema español ha culminado su transición desde un modelo de protección de la vida entendido en términos objetivos hacia un modelo centrado en la autodeterminación personal, en línea con la evolución del bioderecho contemporáneo.

B. Prudencia en casos no terminales

Frente a esta afirmación de la autonomía, se observa una clara prudencia en los supuestos que no encajan en el paradigma clásico de enfermedad terminal. Cuando el sufrimiento no se vincula a una situación de muerte próxima, los órganos administrativos y judiciales tienden a intensificar el escrutinio.

Esta cautela no implica una negación del derecho, sino una exigencia reforzada de garantías, especialmente en la acreditación de la capacidad y en la estabilidad de la voluntad. Se trata, en última instancia, de evitar decisiones precipitadas en contextos donde la irreversibilidad de la situación no es tan evidente.

C. Protección del procedimiento

Otro rasgo significativo es que la mayoría de los litigios no giran en torno al fondo del derecho, sino sobre cuestiones procedimentales: plazos, motivación, secuencia de actuaciones, suficiencia de los informes.

Esto revela que el procedimiento no es un elemento accesorio, sino el verdadero soporte de legitimidad del sistema. La LORE no solo reconoce un derecho, sino que lo condiciona a un itinerario garantista cuya correcta observancia se convierte en el principal objeto de control.

D. Margen técnico de las Comisiones

Finalmente, la jurisprudencia ha reconocido de forma consistente, y ya mencionada, un amplio margen técnico a las Comisiones de Garantía y Evaluación, entendiendo que su función implica una valoración especializada que no puede ser sustituida por el juez.

Este reconocimiento refuerza la lógica del modelo, pero también plantea el reto de asegurar que ese margen no derive en disparidades interpretativas excesivas, especialmente en un sistema descentralizado.

6. **Evaluación crítica**

A la luz de la experiencia reciente, el modelo español de eutanasia puede considerarse, en términos generales, jurídicamente consolidado, pero no exento de desafíos relevantes en su aplicación práctica.

En primer lugar, es indudable que el sistema ha superado la prueba constitucional, lo que ha permitido desplazar el debate hacia cuestiones más técnicas y operativas. En segundo lugar, la litigiosidad se ha mantenido en niveles relativamente limitados y concentrados en supuestos complejos, lo que sugiere un grado razonable de aceptación y funcionamiento del modelo.

Asimismo, la evolución interpretativa ha confirmado que la autonomía personal (Núñez Paz, 2006) ha prevalecido sobre planteamientos paternalistas, consolidando una línea coherente con los estándares contemporáneos del derecho sanitario. Sin embargo, esta afirmación de la autonomía no ha eliminado las zonas de incertidumbre, sino que las ha desplazado hacia ámbitos más específicos.

Entre ellos, el sufrimiento psíquico (Raga i Vives, 2022) se perfila claramente como el principal foco de debate doctrinal futuro. No tanto por su inclusión –ya admitida– como por las condiciones de su valoración, donde confluyen dificultades médicas, éticas y jurídicas de gran complejidad.

Desde una valoración propositiva, parece bastante necesario avanzar en varios frentes como son:

– Mayor homogeneización de los protocolos clínicos, que reduzca la variabilidad territorial;
– Formación especializada en la evaluación de la capacidad y de la voluntad, especialmente en contextos psiquiátricos;
– Optimización de los tiempos administrativos, para evitar que el garantismo se convierta en ineficacia;
– Clarificación interpretativa de los supuestos más problemáticos, que aporte mayor seguridad jurídica a operadores y pacientes.

En este contexto, conviene subrayar –en línea con lo ya expresado en varios puntos– que el principal riesgo del sistema no es una expansión descontrolada del derecho, como a veces se plantea en el debate público, sino más bien lo contrario, una aplicación desigual o excesivamente lenta, que comprometa su efectividad real.

En definitiva, el modelo español se enfrenta ahora a un reto de maduración y ajuste fino, donde la clave no está en redefinir sus fundamentos, sino en perfeccionar sus mecanismos de aplicación para garantizar que el derecho reconocido sea también un derecho efectivamente ejercitable en condiciones de igualdad y dignidad.

XIII. CONCLUSIÓN GENERAL

Si algo he tratado de sostener a lo largo de este trabajo –y aquí quiero reafirmarlo con mayor claridad– es que la Ley Orgánica 3/2021 (BOE núm. 72, 2021) no puede ser comprendida únicamente como una innovación normativa, sino –al fin y aún con errores– como una transformación estructural del modo en que el ordenamiento jurídico español aborda el final de la vida. Desde esta perspectiva, mi conclusión no es meramente descriptiva, sino valorativa.

Considero que el modelo español ha alcanzado un grado notable de solidez técnica, pero precisamente por ello exige ahora una reflexión más exigente sobre sus límites operativos.

En primer lugar, entiendo que la ley ha superado de manera convincente el momento más delicado de su trayectoria que era el de su legitimación constitucional. La intervención del Tribunal Constitucional (SSTC 19/2023 y 94/2023) no solo ha cerrado el debate sobre su compatibilidad con el artículo 15 CE, sino que ha introducido una clave interpretativa que, a mi juicio, resulta decisiva, sobre la idea de

que la vida, en términos constitucionales, no puede desvincularse de la dignidad ni de la autonomía. Esta afirmación, que podría parecer evidente desde la bioética, no lo era tanto en el plano jurídico, y su consolidación marca un punto de inflexión.

Ahora bien, sería un error pensar que, una vez superado ese umbral, el modelo queda plenamente resuelto. Más bien ocurre lo contrario, el desplazamiento del debate desde la legitimidad hacia la operatividad abre un campo mucho más complejo, menos visible y, en cierto modo, más exigente. La ley funciona –y funciona razonablemente bien– pero lo hace en un entorno donde su eficacia depende de factores que el legislador no controla directamente.

Aquí es donde sitúo uno de mis principales cuestionamientos cual es el de si el derecho a la prestación de ayuda para morir es, en su esencia, un derecho normativamente fuerte pero operativamente vulnerable. Su reconocimiento legal es claro, su encaje constitucional es sólido, pero su realización efectiva depende de condiciones materiales –recursos, organización, formación– que no siempre están garantizadas de manera homogénea.

No puedo dejar de insistir, de nuevo, en el punto de que la verdadera desigualdad no se produce en el texto de la ley, sino en su aplicación.

La descentralización del sistema sanitario, que en otros ámbitos puede ser una fortaleza, introduce aquí un riesgo evidente de fragmentación territorial, donde el acceso al derecho puede variar en función de factores organizativos más que jurídicos. Desde mi punto de vista, este es uno de los problemas más serios del modelo actual, no tanto por su gravedad inmediata como por su potencial de erosión a medio plazo.

A ello se suma un elemento que considero particularmente complejo y es el de la dimensión temporal del derecho. A diferencia de otros derechos subjetivos, la eutanasia se sitúa en un contexto donde el tiempo no es neutro. Cada demora, cada dilación, cada disfunción procedimental tiene un impacto directo en la realidad vital del solicitante. Por eso, cuando analizo el modelo español, no puedo limitarme a valorar sus garantías formales; debo preguntarme también si esas garantías son compatibles con la urgencia existencial que caracteriza muchos de los supuestos.

En este sentido, creo que el legislador acertó al diseñar un sistema de garantías, pero ese garantismo corre el riesgo de desbordarse sobre sí mismo si no se acompaña de una adecuada dotación de medios y de una gestión eficiente. No es el exceso de aquellas en sí lo problemático, sino su desconexión con la capacidad real del sistema para aplicarlas sin dilaciones indebidas.

Por otra parte, la evolución jurisprudencial –tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa como en la práctica de las comisio-

nes– me parece, en líneas generales, acertada. Valoro la posición adoptada por el Tribunal Supremo (ATS 7489/2025), en el sentido de mantener un control de legalidad y razonabilidad sin invadir el ámbito del juicio clínico. Este equilibrio es esencial. Judicializar en exceso el sistema habría supuesto desnaturalizarlo, trasladando decisiones médicas a un terreno que no les es propio.

Sin embargo, tampoco aquí conviene caer en una visión complaciente. El riesgo no es ya la injerencia judicial, sino el contrario, una cierta deferencia excesiva que, en determinados casos, podría debilitar el control efectivo sobre decisiones administrativas discutibles. El desafío, por tanto, no es redefinir el papel del juez, sino afinar los estándares de control, especialmente en materia de motivación y valoración de requisitos legales.

Si tuviera que identificar el punto más delicado del sistema desde una perspectiva de futuro, lo situaría sin duda en el ámbito del sufrimiento psíquico (Raga i Vives, 2022). No porque la ley lo contemple –lo cual considero correcto desde un punto de vista de igualdad–, sino porque su evaluación plantea problemas que el derecho, por sí solo, difícilmente puede resolver. Aquí convergen incertidumbres médicas, dilemas éticos y riesgos jurídicos que obligan a extremar la cautela.

Mi posición, en este punto, no contempla excluir estos supuestos, sino exigir en ellos un estándar probatorio especialmente riguroso, capaz de distinguir entre decisiones autónomas y situaciones de vulnerabilidad que puedan comprometer la libertad real del sujeto.

Esto nos devuelve, en última instancia, al núcleo del modelo que –no debe olvidarse– se halla en la autonomía. A lo largo de este trabajo he defendido que el sistema español ha optado acertadamente por situar la voluntad del paciente como eje estructural (a pesar de las dudas generadas por la reciente doctrina del TS que ya he analizado en la STS 690/2026). Pero esa opción no puede ser meramente declarativa; exige condiciones materiales, clínicas y procedimentales que la hagan auténtica.

La evolución jurisprudencial permite afirmar que la segunda etapa de aplicación de la LORE ya no vendrá determinada por debates sobre su constitucionalidad, sino por la construcción de un verdadero Derecho procesal de la eutanasia. La delimitación de la legitimación activa, la intensidad del control judicial, el régimen cautelar y, especialmente, la rapidez de la respuesta jurisdiccional, constituirán probablemente los principales ejes de desarrollo del sistema en los próximos años.

Resultaría quizá conveniente que el legislador incorporase un procedimiento jurisdiccional de tramitación preferente y abreviada para los recursos relativos a la prestación de ayuda para morir. La irreversibilidad

de la decisión no justifica únicamente un control judicial efectivo; exige también que dicho control sea compatible con la dimensión temporal del derecho reconocido por la LORE. Un proceso excesivamente prolongado puede frustrar, en la práctica, la finalidad protectora de la ley.

Por todo lo dicho, concluiría finalmente abordando una doble perspectiva. Por un lado, entendiendo que España ha construido un modelo jurídicamente coherente, constitucionalmente sólido y técnicamente bien diseñado, que ha logrado integrar la eutanasia en el sistema sanitario sin rupturas ni disfunciones graves. En este sentido, el balance es claramente positivo.

Pero, de otra parte, considero que el sistema se encuentra todavía en una fase de maduración operativa, donde sus principales desafíos no son normativos, sino organizativos e interpretativos. El riesgo no es la expansión descontrolada del derecho –una preocupación a menudo sobredimensionada en el debate público– sino su aplicación desigual, lenta o técnicamente insuficiente.

Si el sistema es capaz de afrontar estos retos –homogeneizando criterios, reforzando la formación, reduciendo tiempos y clarificando los supuestos más complejos– podrá consolidarse no solo como un modelo válido en términos jurídicos, sino como un modelo efectivamente justo en la experiencia real de los pacientes.

Y es ahí, precisamente, donde, en mi opinión, se juega su verdadera legitimidad.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

Bardavío Antón, C., «¿Derecho a la autodeterminación de la propia muerte condicionada por contexto eutanásico y por tercero? Reflexiones dogmáticas sobre paradojas morales y jurídicas de la STC núm. 19/2023 de 22 de marzo y de la Ley de eutanasia en España», en *Introducción a la problemática del derecho a la muerte*, 2024.

Barquín Sanz, J., «Tratamiento jurídico penal de la eutanasia tras la reforma de 2021», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 133, 2021.

Carbonell Mateu, J. C., «Constitución, suicidio y eutanasia: cuarenta años de mala convivencia», en *Derechos humanos y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», *Derecho a Morir Dignamente*, núm. 82, 2020.

Juanatey Dorado, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

— «Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España», *Teoría y Derecho*, núm. 29, 2021.

Moreso, J. J., «Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio», en Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
Núñez Paz, M. Á., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad a la luz del CP de 1995*, Espasa Calpe, Madrid, 1999.
— *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 2006.
— *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
— «Necesidad de un concepto pre-legal de eutanasia, aspectos constitucionales y otras precisiones sobre la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34, 2020.
— «Eutanasia y Estado de Derecho: El caso de Noelia Castillo», en *Europa Sur, Tribuna Abierta,* 10-05-2026.
(https://www.europasur.es/sociedad/noelia-castillo-eutanasia-estado-derecho-caso-muerte-digna_0_2006296901.html).
Ortiz Fernández, M., «La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021», *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021.
Peñaranda Ramos, E., «Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros», en Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate*, Marcial Pons, 2021.
Presno Linera, M. A., «La eutanasia como derecho fundamental», *Teoría y Derecho*, núm. 29, 2021.
Raga I Vives, A., «Una lectura constitucional de la LO 3/2021, de regulación de la eutanasia», *Revista Penal México*, núm. 21, 2022.
Rey Martínez, F., «El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 27, 2023.
Romeo Casabona, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
— «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», *Revista Penal*, núm. 49, 2022.
Tomás-Valiente Lanuza, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
Tomás-Valiente Lanuza, C. (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

XV. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional, STC 160/1987, de 27 de octubre.
Tribunal Constitucional, STC 161/1987, de 27 de octubre.
Tribunal Constitucional, STC 19/2023, de 22 de marzo.

Tribunal Constitucional, STC 94/2023, de 12 de septiembre.
Tribunal Supremo, STS 82/2024, de 25 de enero.
Tribunal Supremo, ATS 4557/2025, de 5 noviembre.
Tribunal Supremo, ATS 7489/2025, de 21 de enero.
Tribunal Supremo, STS 690/2026, de 3 de junio.
Tribunal Superior Justicia Cantabria, STSJ Cantabria 217/2023, de 12 de junio.
Tribunal Superior Justicia Cataluña, ATSJ Cataluña, 424/2024, de 18 de septiembre.
Tribunal Superior Justicia Cataluña, Sentencia 69/2025, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona.
Tribunal Superior Justicia Comunidad Valenciana, STSJ Comunidad Valenciana, 146/2023, de 25 de abril.

XVI. FUENTES ESTADÍSTICAS

https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/profesionales/home.htm (España).
https://english.euthanasiecommissie.nl/ (Países Bajos).
https://consultativebodies.health.belgium.be/en/advisory-and-consultative-bodies/federal-commission-control-and-evaluation-euthanasia (Bélgica).

La violencia vicaria en el sistema de justicia penal

MARÍA JESÚS GUARDIOLA LAGO
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

En este trabajo se analiza la violencia vicaria desde una perspectiva amplia, abordando la transición de este concepto desde la psicología forense, pasando por su actual incorporación en la normativa asistencial, hasta el anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria, donde se propone introducir un delito autónomo. Se concluye que, en origen, la violencia vicaria sirvió para llamar la atención sobre la necesidad de dotar de una mayor protección y asistencia a los menores de edad, tanto por ser víctimas indirectas de violencia de género en un contexto familiar como por el riesgo de convertirse en víctimas directas en dicho ámbito. Paradójicamente, la concreta introducción de este concepto en la normativa asistencial desafía categorías victimológicas consolidadas y produce una invisibilización de la victimización infantil. Desde el ámbito jurídico-penal, la propuesta de tipificación del delito de violencia vicaria no sólo no se ajusta a la ratio legis del precepto ni colma una laguna legal. La creación de un delito que simplemente describe una determinada fenomenología criminal sería contraproducente, al cuestionar principios y garantías penales fundamentales en un Estado de Derecho, como el principio de ofensividad o la responsabilidad por el hecho.

Palabras clave: *violencia vicaria; violencia de género; victimización infantil; asistencia y protección a víctimas; derecho penal.*

ABSTRACT

This paper analyses vicarious violence from a broad perspective, examining the evolution of this concept from forensic psychology, through its current incorporation into regulations on support and protection of victims, to the draft Organic Law on

measures regarding vicarious violence, which proposes the introduction of a specific criminal offence. It is concluded that, in its origins, vicarious violence served to draw attention to the need to provide greater protection and assistance to minors, both as indirect victims of gender-based violence within the family context and because of the risk of them becoming direct victims in that setting. Paradoxically, the specific incorporation of this concept into regulations on support of victims challenges established victimological categories and leads to the invisibilisation of child victimisation. From a criminal law perspective, the proposal to criminalise vicarious violence not only fails to align with the legislative intent of the provision but also does not fill a legal gap. The creation of a criminal offence that merely describes a particular criminal phenomenon would be counterproductive, as it would call into question fundamental principles and guarantees of criminal law in a state governed by de rule of law such as the offensiveness principle and actus reus-based responsibility.

Keywords: *vicarious violence; gender violence; child victimization; support of victims; criminal law.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Surgimiento del concepto de violencia vicaria. 2.1 Antecedentes: el porqué del concepto. 2.2 Violencia vicaria y móvil del autor: ¿un juego de paradojas? 3. La incorporación de la violencia vicaria al ordenamiento jurídico español. 3.1 El menor de edad en la normativa sobre violencia de género. 3.2 La prevención del riesgo de victimización del menor de edad en un contexto de violencia de género. 4. El asesinato de menores de edad ¿es una manifestación de violencia de género? Algunos datos empíricos. 5. El Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria ¿es necesaria la tipificación de un delito autónomo? 5.1 Líneas generales de la propuesta de tipificación y justificación de la reforma proyectada. 5.2 Valoración dogmática y de política criminal. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La figura de Medea, quien en la tragedia clásica acaba con la vida de sus hijos para castigar la traición de Jasón (1), puede ser una imagen sugerente del daño a los descendientes como instrumento de venganza (2). Sin embargo, también puede constituir un contra relato en la actualidad, en la medida en que la violencia vicaria se ha acuñado y

(1) *Vid.*, EURÍPIDES, *Tragedias I.* Cátedra Letras Universales, 17.ª ed., Madrid, 2022, pp. 165-204.

(2) Analiza este mito desde la óptica de la violencia vicaria en la actualidad, TAMARIT SUMALLA, J. M., «Medea y las víctimas vicarias» *IusCrimPol, Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, UOC, 15 de septiembre de 2025.

desarrollado normativamente en España como una manifestación específica de violencia de género, donde el hombre utiliza a los hijos para perpetuar el maltrato hacia la mujer, usualmente tras la ruptura. Este concepto, como veremos, definido originariamente por la psicología forense como «aquella violencia contra la madre que se ejerce sobre la hijas e hijos con la intención de dañarla por interpósita persona» (3), describe una estrategia de violencia psicológica que está provocando una profunda transformación del sistema de justicia penal, entendido éste en sentido amplio.

En este trabajo se analizará, en primer lugar, el surgimiento del concepto de violencia vicaria, con el objetivo de contextualizarlo y observar qué factores han influido en su reconocimiento. Como veremos, la protección de los niños, niñas y adolescentes del riesgo de ser victimizados en un contexto de violencia de género en el ámbito familiar entiendo que está en el origen de las preocupaciones. Pero no siempre la plasmación normativa logra satisfacer esta loable inquietud y puede incluso provocar el efecto contrario al pretendido: la invisibilización de la victimización infantil.

Una visión conjunta del sistema de justicia penal, que tenga en cuenta el ámbito criminológico, victimológico, procesal y jurídico-penal, puede hacer emerger ciertas tensiones y contradicciones, que serán puestas de manifiesto a lo largo de este trabajo. Así, por ejemplo, desde el punto de vista asistencial, como veremos, la irrupción de la violencia vicaria ha conllevado una innecesaria alteración de las categorías tradicionales de víctima directa e indirecta, sin que se observe ninguna ventaja pues, para la victimología, ambas son víctimas susceptibles de protección y asistencia.

Se analizará en este trabajo cómo la violencia vicaria se ha recogido en la normativa asistencial y cuáles son las ventajas e inconvenientes de esta regulación. También las recientes reformas procesales y penales que tienen en común el establecimiento de mecanismos para alejar al menor de edad del progenitor acusado o condenado por violencia de género, por suponer un riesgo de victimización infantil. Finalmente, en el anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria, se produce un salto cualitativo, al proponer la tipificación de un delito de violencia vicaria. Tras una descripción somera de la tipicidad proyectada, se contrastarán las justificaciones políticas con los datos empíricos disponibles y la jurisprudencia actual para analizar la utilidad de la propuesta. Sin embargo, no sólo

(3) Vaccaro, S. E., «Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema. Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres», *Junta de Andalucía*, Granada, 2021, p. 11.

desde estos parámetros debe evaluarse la propuesta de introducir un nuevo delito. El análisis jurídico-penal basado en los principios y garantías penales resulta imprescindible para legitimar cualquier intervención penal.

A todo ello dedicamos las siguientes páginas.

2. SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA VICARIA

2.1 **Antecedentes. El porqué del concepto**

Sintetizando enormemente la evolución legislativa en materia penal, cabe recordar que los episodios violentos acaecidos en el ámbito familiar fueron objeto de respuesta penal por primera vez en España a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio (art. 495 ACP). Con la aprobación del Código penal de 1995, el maltrato familiar pasó a regularse en el artículo 153 del CP (ubicado en los delitos de lesiones) y, a parte de mantener la necesaria constatación de habitualidad en la violencia física ejercida sobre los sujetos pasivos integrantes de la familia, exigía convivencia entre sujeto activo y pasivo (4). La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, entre otras modificaciones, añadió la violencia psíquica, junto a la física como objeto de sanción penal, además de ampliar la aplicabilidad del precepto no sólo a los casos en los que la pareja fuera conviviente, sino también a los supuestos en los que hubiera cesado esa relación (5).

---

(4) Concretamente, el artículo 153 CP establecía «El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso, se causare».

(5) Así, el texto en vigor desde la reforma de 1999 hasta 2003 fue el siguiente: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad…». El maltrato singular era sancionado como falta en el artículo 617 CP. *Vid.,* por todos, sobre esta regulación, García Álvarez, P., y del Carpio Delgado, J., *Delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Fue a partir de la reforma penal de 2003, y sobre todo con la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre *de medidas de protección integral contra la violencia de género* (en adelante, LOVG), que la violencia de género adquiere sustantividad propia, al crear tipos penales específicos donde expresamente se hace referencia a la mujer pareja o expareja como sujeto pasivo del delito, amén de definir en la citada ley que este tipo de violencia es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» y, por lo tanto, distinta a la estrictamente doméstica. Entre los sustanciales cambios, cabe destacar la introducción de la circunstancia agravante en las lesiones prevista en el artículo 148.4 CP referida a víctima mujer que hubiere sido pareja o expareja, aun sin convivencia; también que el maltrato doméstico habitual (antiguo art. 153 CP) pasa a regularse –con modificaciones– en el artículo 173.2 CP (delitos contra la integridad moral), elevándose a la categoría de delito el maltrato de obra sin causar lesión o la causación de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito, siempre que el sujeto pasivo sea la mujer pareja o expareja o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (art. 153.1 CP), posteriormente modificado en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

No obstante, el alcance de las medidas de protección y asistencia a la víctima, así como de los tipos penales, se circunscribían a la mujer que mantuviera o hubiera mantenido una relación de afectividad con el agresor (6), no a otros tipos de manifestaciones de violencia de género fuera del núcleo más íntimo (7). Aun así, como apuntaba, la violencia de género adquiere sustantividad propia respecto a otro tipo de maltrato que se produzca seno de la familia, al tratarse de una violencia distinta que viene originada por las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Gráficamente Villacampa Estiarte, describe la relación entre la violencia de género y doméstica como círculos secantes, de manera que «no implica que todos los supuestos de

(6) Así, el alcance de la Ley, según el artículo 1.1 de la LO 1/2004, de 29 de diciembre, especificaba en origen que este tipo de violencia es la que se ejerce «por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por las relaciones familiares de afectividad, aun sin convivencia».

(7) Esta situación empezó a cambiar, en el ámbito penal, con la introducción de una agravante genérica de discriminación por razón de género en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo en el artículo 22.4 CP, aunque en un principio la jurisprudencia fue contradictoria y no existió tampoco unanimidad doctrinal al respecto. Vid., más ampliamente, Orejón Sánchez de las Heras, N., «La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 25, enero, 2021, pp. 343-361.

violencia doméstica o intrafamiliar tengan dicho componente de discriminación o menosprecio al género ni que todos los supuestos de violencia de género deban producirse en el seno de la familia o en el desarrollo de estrechas relaciones personales» (8).

Sin embargo, a mi juicio, y en relación con el tema que nos ocupa, no se reparó suficientemente en dos aspectos:

En primer lugar, que cuando se produce la violencia de género en el ámbito de la familia, los hechos delictivos producidos contra la mujer pueden tener consecuencias negativas también sobre los hijos u otros integrantes del núcleo familiar, que conviven con ese tipo de violencia (9). En este sentido, las medidas de prevención, protección y asistencia de la LOVG iban expresamente dirigidas (objeto de la ley) a las mujeres víctimas parejas o exparejas del agresor, no a otros integrantes del núcleo familiar (art. 1 LOVG) (10).

En segundo lugar, y quizás en este punto la crítica no es solo legislativa sino también forense, no se reparó suficientemente en el análisis del riesgo para los hijos en común, u otras personas convivientes, de ser víctimas directas de agresiones por parte del ya condenado o investigado por violencia de género hacia su pareja o expareja. Paradigmático es el Caso González Carreño c. España (Asunto 47/2012), donde el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU recomendó que España reparara e indemnizara de manera «integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos» a una madre por el asesinato de su hija por parte del padre, existiendo previamente numerosas denuncias previas alertando del peligro (11). Así, en este ámbito, adquieren especial relevancia las

---

(8) Cfr., Villacampa Estiarte, C., «La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo», en Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 33.

(9) El mito de que la violencia de género solo afecta a la pareja cuando se produce en el seno de una familia, ya era denunciado en 2006, considerando prioritario establecer programas de prevención y asistencia para los menores de edad: Cfr. Sepúlveda García de la Torre, A., «La violencia de género como causa de maltrato infantil», *Cuad. Med. Forense*, 12 (43-44), 2006, p. 149-164.

(10) En la práctica Save the Children ya denunciaba en 2006 que «el sistema de protección de la mujer no contempla a los niños y niñas como víctimas de la violencia de género, lo cual posibilita su victimización secundaria por parte del sistema de protección de la mujer». Cfr., Save the Children, *Atención a los niños y niñas víctimas de violencia de género. Análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la mujer*, 2006, Depósito Legal: GU-455/2005, p. 71.

(11) Además, la resolución del CEDAW recomienda a España como directriz general «tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia

medidas cautelares de protección –como, por ejemplo, la suspensión del régimen de visitas de los hijos en común– o las penas de inhabilitación y prohibiciones de aproximación y comunicación referidas a otros sujetos distintos de la mujer víctima de violencia de género. No obstante, sea por la legislación, sea por la práctica del sistema de justicia penal, o por ambas, se denuncia la desprotección de los menores de edad en el núcleo familiar donde se producen o se han producido episodios de violencia de género (12).

Es en este contexto donde surge el concepto de violencia vicaria. Por lo tanto, parece que, en origen, la violencia vicaria es una explicación que pretende dotar de mayor protección y asistencia a los niños, niñas y adolescentes en las dos vertientes señaladas anteriormente (13). Pero, a su vez, el surgimiento de la llamada violencia vicaria es también coherente, a mi juicio, con el mayor protagonismo que, en la actualidad, ha adquirido la violencia de género respecto de la violencia doméstica (14) y con la parcelación de la protección de las vícti-

---

y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia» (Cfr., CEDAW, *Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Comunicación núm. 47/2012 González Carreño c. España (CEDAW/C/58/D/47/2012). En el caso concreto, posteriormente, la STS 1263/2018, de 17 de julio (Sala de lo Contencioso) acuerda estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, imponiendo a la Administración una condena por importe de seiscientos mil (600.000) euros por los daños morales sufridos por la madre de la menor asesinada.

(12) *Vid.,* ampliamente, Peral López, M. C., *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijos*, UMA editorial, Málaga, 2022.

(13) Preocupación que se destila, entre otros, en el estudio del Defensor del Pueblo, *Violencia vicaria de género. Las otras víctimas*. Madrid, 2024, pp. 1-91.

(14) Puede resultar ilustrativo de esta afirmación que el artículo 44.1 a) de la LOVG, declarara competentes a los Juzgados contra la Mujer para la instrucción de las causas cometidas sobre descendientes propios o sobre la persona conviviente. Por lo tanto, también sobre menores de edad, víctimas directas de violencia doméstica. Que algunos casos de violencia doméstica fueran investigados por los Juzgados contra la Mujer me parece indicativo de la «vis atractiva» de la violencia de género respecto de la violencia doméstica. En esta línea, Acale Sánchez subraya que estos casos, en los que eran competentes para la instrucción los Juzgados contra la Mujer, no se consideraban violencia vicaria, ya que la asunción de la competencia por estos juzgados venía determinada por el hecho de que la madre fuera víctima también del mismo agresor, debiendo el menor recibir de forma directa la violencia –y no solo vicaria. Cfr. Acale Sánchez, M., «Acercamiento a la violencia vicaria», en Fernández Teruelo, J. G./García Amez, J./Fernández Ribera González, P. (dirs): *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 129.

mas en función de los tipos delictivos a través de la aprobación de leyes integrales, como más adelante se desarrollará.

2.2 **Violencia vicaria y móvil del autor: ¿un juego de paradojas?**

La denominación «violencia vicaria» proviene en origen del ámbito de la psicología. Sonia Vaccaro expone que acuñó este término en 2012 «para darle nombre a lo que cientos, miles de mujeres estaban padeciendo a través del daño que se les infligía por interpósita persona: sus hijas e hijos en especial y de modo preferente» (15). Por lo tanto, se trataría de una nueva forma de violencia de género, que comienza generalmente cuando la mujer plantea la ruptura de la pareja, como forma de control y venganza hacia la mujer, debido a la herida narcisista del hombre provocada por la separación. Sostiene la autora que este tipo de violencia vicaria es «directamente proporcional» a las leyes de protección de la mujer contra la violencia de pareja (de género). Dado que las mujeres gozan de mayor protección, el hombre utiliza a los vástagos de la mujer como objetos para continuar con el maltrato a la madre, cosa que se facilita institucionalmente si el sistema de justicia penal disocia el delito y el daño provocado a la madre del riesgo que sufren los menores al mantener el contacto y quedar al cuidado del agresor de la mujer (16).

La mencionada autora define la violencia vicaria como «aquella violencia *contra* la madre que se ejerce *sobre* las hijas e hijos con la intención de dañarla por interpósita persona» (17). Las manifestaciones de esa violencia pueden ser diversas, apuntando las publicaciones sobre esta temática algunas de ellas: amenazar la madre con «quitarle a los niños», prohibir a los hijos hablar con ella, contar a los menores situaciones inventadas en las que su madre quede mal para dejarla como mala madre y cuestionar su rol de cuidadora, arriesgar la salud de los menores con interrupción de tratamientos médicos o farmacológicos, siendo la forma más extrema, y la que ha recibido mayor atención, el asesinato de los menores para provocar un daño irreparable a la madre (18).

---

(15) Cfr., Vaccaro, S. E., *Violencia vicaria. Golpear donde más duele*, Deslée De Brouwer, 2.ª ed., Bilbao, 2023, p. 22.

(16) Cfr., Vaccaro, S. E., «Estudio sobre el análisis de datos de casos…», *op. cit*., p. 61.

(17) *Op. ult. cit.,* p. 11.

(18) *Vid.,* entre otros, Saavedra Naranjo, J. C., «Violencia vicaria: la imperatividad de una legislación», *Iustitia et Pulchritudo*, vol. 65, núm. 1, 2024, p. 36-47. En sentido similar, Vaccaro da cuenta del modelo Duluth de poder y control post-

En México, la *Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencias* (modificada en 2024) (19) ejemplifica normativamente estas manifestaciones en el artículo 6 ap. VI, incluyendo: a) Amenazar con causar daño a las hijas e hijos; b) Amenazar con ocultar, retener, o sustraer a hijas e hijos fuera de su domicilio o de su lugar habitual de residencia; c) Utilizar a hijas y/o hijos para obtener información respecto de la madre; d) Promover, incitar o fomentar actos de violencia física de hijas y/o hijos en contra de la madre; e) Promover, incitar o fomentar actos de violencia psicológica que descalifiquen la figura materna afectando el vínculo materno filial; f) Ocultar, retener o sustraer a hijas y/o hijos así como a familiares o personas allegadas; g) Interponer acciones legales con base en hechos falsos o inexistentes, en contra de las mujeres para obtener la guarda y custodia, cuidados y atenciones o pérdida de la patria potestad de las hijas y/o hijos en común, y h) Condicionar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias a las mujeres y a sus hijas e hijos.

Como se puede observar, de la definición propuesta (violencia sobre los hijos para perjudicar a la madre) a los ejemplos concretos, no siempre se es coherente. Por ejemplo, en el supuesto de amenazar a una mujer con causar daño a un hijo, la víctima directa es la madre (de un delito de amenazas) y no el hijo, si no se procede a ocasionar ese daño. Sea como fuere, los ejemplos concretos de violencia vicaria se corresponden, en la mayoría de las ocasiones, con una amplia amalgama de delitos ya existentes en los que el sujeto pasivo puede ser la mujer o el menor de edad e incluso la administración de justicia. El único punto en común de todos ellos para la violencia vicaria es un ánimo del sujeto activo en dañar a la mujer. Así, en España pueden constituir delitos de amenazas, coacciones, delitos contra las relaciones familiares (sustracción de menores, impago de pensiones), inducción o autoría mediata en lesiones, acusación y denuncia falsas, lesiones, homicidio, asesinato, etc. En otros casos, u otros ejemplos, como hablar mal al hijo de la madre o la descalificación de la figura materna, podrían parecerse o recordar al llamado «síndrome de alie-

---

separación en el que se consideran factores de presión negativa permanente contra la mujer, los siguientes: perturbar/influir negativamente en la relación de la madre con las hijas e hijos, violencia física o sexual contra ella y sus hijas e hijos; crear problemas e intimidación contra la mujer (como la retención de documentación, hacer que pague el alquiler o la vivienda en común), molestar o entorpecer el ejercicio de la maternidad, desacreditarla como madre, presión negativa a través de la manutención económica, descuidar la vigilancia y el cuidado de los menores, o prestar poca atención o menoscabar las necesidades de las hijas e hijos. Cfr*.,* en *Violencia vicaria..., op. cit.,* p. 38.

(19) Reforma DOF 15-01-2026.

nación parental», el cual no goza de reconocimiento científico (20) y, sobre el cual, el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, establece que «los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración».

Lo característico del concepto de violencia vicaria, que será objeto de atención en las siguientes páginas, es que en caso de que se lleve a cabo un delito sobre los menores de edad se concibe como una manifestación de la violencia de género hacia la mujer, de manera que se produce, como concluye Tamarit Sumalla, un salto conceptual que invisibiliza la victimización infantil (21): el menor de edad, que es asesinado, por ejemplo, pasa a considerarse una víctima secundaria, mientras que la mujer se considera la víctima directa del daño ocasionado al menor (22). Este último aspecto, clave en el concepto de violencia vicaria, puede llegar a contradecir lo dispuesto en el artículo 2 del *Estatuto de la víctima del delito* el cual considera como 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 causa-*

(20) El síndrome de alienación parental ha sido descrito, en esencia, como la manipulación de un hijo ejercida por parte de un progenitor para que rechace al otro, usualmente en procesos de separación o divorcio. Este concepto ha sido rechazado como entidad clínica por la OMS y por la Asociación Americana de Psicología. No aparece ni en el CIE-10 ni en el DSM-V. *Vid.,* Peral López, M. C., *Madres maltratadas…, op. cit.,* p. 216 y ss.

(21) Alude a dicho «salto conceptual» Tamarit Sumalla, quien sostiene que «afirmar que alguien es víctima vicaria no oculta a la víctima directa ni la desplaza del primer plano. Pero si el acto violento es aquello que se califica como vicario, se desfigura el sentido que pueda aportar la idea de lo vicario o se reproduce la idea atávica de los niños como víctimas sacrificables (vicarias). Como resultado se invisibiliza a las víctimas directas del asesinato, perpetuándose la invisibilización histórica de la victimización infantil». Cfr., Tamarit Sumalla, J. M., «Medea y las víctimas vicarias», *op. cit.*

(22) Afirma que «la violencia vicaria es, como su nombre lo indica, una violencia secundaria a la víctima principal, que es la mujer», Vaccaro, S. E., «Estudio sobre el análisis de datos…», *op. cit.,* p. 10. En contra, y acertadamente a mi juicio, Acale Sánchez, M., sostiene que «… la víctima a efectos penales es el menor muerto, aunque a los efectos de la LOPIVG se considere a la madre también víctima y beneficiaria de los derechos y ayudas que con carácter general reconoce a las víctimas de la violencia de género». (cfr. en Acale Sánchez, M., «Aspectos penales del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017», *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2018, p. 14).

dos por la comisión de un delito» (23). A tenor de esta definición, qué duda cabe que víctima directa de un asesinato es, ante todo, el menor de edad asesinado (24).

Sin embargo, desde el punto de vista asistencial, las recientes reformas legislativas hacen hincapié en la victimización «directa» de la mujer ante el asesinato de un hijo/a, mientras que si es a la inversa –el menor que sufre las consecuencias de la muerte de su progenitora– será considerado una víctima indirecta. Así, el artículo 2.2 de la *Ley de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, modificada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual,* establece que «podrán acceder a estas ayudas», «a título de víctimas directas» […] «las víctimas de violencia vicaria, cuando su familiar o allegado menor de edad fallezca como consecuencia de un delito». En cambio, en el artículo 2.3 de la mencionada ley, considera beneficiarios de las ayudas previstas en la ley «a título de víctimas indirectas» a los hijos del fallecido/a.

Afirmar que en los supuestos de violencia vicaria la víctima directa es *per se* la mujer que sufre violencia de género altera la clasificación usual en el ámbito de la victimología, que considera víctima directa al sujeto pasivo del delito y como víctima indirecta a quien sufre las consecuencias del daño provocado a otra persona. Esta distinción proviene de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* de Naciones Unidas (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985). A tenor de dicha declaración, se consideran víctimas «las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, *como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente* en los Estados miembros» y *también* podrán considerarse víctimas «*los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa* y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización» (25).

Así se puede distinguir entre la victimización directa, que es la persona titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, es decir,

(23) La cursiva es mía.

(24) Considera también que «no puede hacer olvidar que la víctima a efectos penales es el menor muerto, aunque a los efectos de la LOPIVG se considere a la madre también víctima y beneficiaria de los derechos y ayudas que con carácter general reconoce a las víctimas de la violencia de género», ACALE SÁNCHEZ, M., «Aspectos penales del Pacto de Estado …», *op. cit.,* p. 16.

(25) La cursiva es mía.

el sujeto pasivo del delito, de la victimización indirecta, o también llamada refleja, que engloba a las personas que sufren un daño a consecuencia de la victimización de una persona allegada (26). En referencia a esta victimización indirecta, la doctrina pone ejemplos ilustrativos para el tema que nos ocupa: el «impacto psíquico, emocional o económico que puede tener un homicidio» en los familiares más cercanos (27), el caso «de las madres que han sufrido el impacto brutal de la agresión sexual y asesinato de una hija» (28) o el de «los hijos que se ven obligados bruscamente a readaptarse a una nueva vida tras el asesinato de su padre en un atentado terrorista» (29).

En consecuencia, de acuerdo con esta clasificación victimológica, tanto el menor que sufre por las consecuencias de la violencia de género que se le dispensa a la madre, como la progenitora que sufre por el asesinato de su hijo, son víctimas indirectas. Por ello, la modificación operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, altera esta clasificación –consolidada en el ámbito de la victimología– al considerar víctimas directas a los familiares o allegados del menor de edad fallecido como consecuencia de un delito. Técnicamente, si lo que se quería, como parece, es que los familiares de un menor asesinado puedan beneficiarse de las ayudas y la asistencia previstas para los delitos violentos, procedería incluirlas como beneficiarias en el apartado tercero, y no en el segundo, del artículo 2 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre.

Como acertadamente sostiene Pérez Rivas, el concepto de víctima es diferente dependiendo del ámbito en el que nos situemos. Desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal se maneja un concepto estricto de víctima (víctima directa), mientras que en el campo asistencial, reparador o procesal penal se maneja un concepto amplio (30), que incluye tanto la víctima directa como indirecta. En este punto me parece importante resaltar que no es necesario ser víctima de un delito desde el punto de vista jurídico-penal para ser en todo caso víctima, y poder recibir apoyo, asistencia y reparación por el perjuicio causado.

---

(26) *Vid.,* Tamarit Sumalla, J. M., «Los derechos de las víctimas» en Tamarit Sumalla (coord.); Villacampa Estirarte, C., y Serrano Massip, M.: *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 41.

(27) *Op. ult, cit*. p. 41.

(28) Odriozola Echeburúa, E., «Secuelas psicológicas en las víctimas de sucesos traumáticos», en Varona Martínez, G.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con las víctimas*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 80.

(29) *Op. ult. cit.* p. 80.

(30) Pérez Rivas, N., *Los derechos de las víctimas en el sistema español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 20.

Ello viene confirmado, en el tema que nos ocupa, por la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2024, de 12 de marzo, que resuelve un recurso interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular respecto a diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, *del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista*. Entre los preceptos recurridos, se incluía el artículo 3 de la citada ley, que contiene una definición de los distintos tipos de violencia machista, entre los que se incluye la violencia vicaria. Los recurrentes alegaban la vulneración de los artículos 81.1 y 149.1.6.º CE en el sentido de que, a su juicio, el legislador catalán estaría configurando un elenco de ilícitos penales al definir un catálogo de formas de violencia de género, con pretensión aparentemente punitiva, lo que vulneraría la reserva de ley orgánica y la competencia exclusiva del Estado en materia penal. El Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad del precepto que define la violencia vicaria en la legislación catalana considerando que «el reconocimiento de la condición de víctima a los efectos de obtener unos beneficios de carácter asistencial no plantea problemas en términos constitucionales, siempre que ello no interfiera en las potestades reservadas a los jueces y tribunales del orden penal». Y, en este caso, «la Ley establece una serie de medidas generales que han de orientar la actuación de las administraciones públicas catalanas; medidas de prevención, detección y sensibilización, así como de asistencia, protección y recuperación integral de la víctima. Medidas que no van acompañadas de efectos punitivos, ya sea en el orden sancionador administrativo, ya sea en el orden penal, y que operan en ámbitos tales como los de educación, salud, medios de comunicación, vivienda, ocupación o prestaciones económicas».

Sea como fuere, el concepto de violencia vicaria, proveniente del ámbito de la psicología forense, no parece gozar de consenso en esta disciplina en el ámbito científico. En este sentido, un estudio de Ríos Lechuga *et. al.*, realiza una revisión sistemática, cuya muestra se compone de artículos empíricos publicados en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 1 de julio de 2022. Estos autores llegan a la conclusión de que no existen estudios que definan con claridad este tipo de violencia ni instrumentos de evaluación específicos para valorar estos casos. En todo caso, los estudios hallados en el ámbito de la psicología se centran en el peligro de la violencia vicaria para la infancia y la adolescencia que la sufre, no en los efectos sobre la mujer madre (31).

(31) *Vid.,* más ampliamente, Ríos Lechuga, J. C.; López Savra, E., y Ruíz Sánchez, S. A., «La conceptualización científica de la violencia vicaria: una revisión sistemática siguiendo el método PRISMA 2020», *Investigando en Psicología*, núm. 24, 2023.

Pese a la confusión sobre las finalidades de la violencia vicaria, esta expresión se ha ido popularizando, no sólo en el ámbito periodístico, o como explicación psicológica y/o criminológica de algunos delitos, sino también en la legislación española. Analizamos a continuación su previsión normativa, con el objetivo de trazar una evolución hasta el reciente *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*, donde se produce el salto cualitativo de proponer la tipificación de un delito de violencia vicaria.

3. LA INCORPORACIÓN DE LA VIOLENCIA VICARIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Es común en la doctrina citar como antecedente a la incorporación normativa de la violencia vicaria en nuestro ordenamiento jurídico el *Pacto de Estado contra la Violencia de Género* de 2017, del que Acale Sánchez da cuenta detallada e indica que se incluyó la consideración de víctimas de violencia de género a las madres que han sufrido el asesinato de sus hijos, considerando violencia vicaria como «aquella violencia que se ejerce sobre los hijos para herir a la mujer» (32). Por otra parte, al considerarse la violencia contra el menor de edad como una extensión de la violencia de género sufrida por su madre, se producen diversas modificaciones legislativas que serán abordadas a continuación.

3.1 **El menor de edad en la normativa sobre violencia de género**

La violencia vicaria tiene su reconocimiento explícito sobre todo en el campo asistencial. Al incluirla como objeto de la Ley en las diversas disposiciones sobre violencia de género en España, se posibilita que los menores de edad puedan ser destinatarios de las mismas medidas de apoyo que sus madres, en tanto en cuanto los delitos que se producen sobre los menores son considerados una manifestación de la violencia de género dispensada a la madre. En ello es pionera la legislación autonómica antes que la estatal. Como detalladamente expone en su informe el Defensor del Pueblo, existen en la actualidad tres tipos de situaciones: comunidades autónomas que incluyen el término de violencia vicaria y la definen (Andalucía, Cataluña y Gali-

(32) *Vid.,* Acale Sánchez, M., «Aspectos penales del Pacto de Estado…», *op. cit.,* p. 15-16.

cia), otras que, sin emplear expresamente el término, incluyen los elementos que la caracterizan en la definición general que adopta de violencia de género y otras comunidades que no la recogen expresamente, pero por remisión a la normativa estatal, debe entenderse incluida (33).

Y es que, a partir de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia,* se incluye un nuevo apartado 4 del artículo 1 a la LOVG, en el que se especifica como objeto de la ley «la violencia que con el objetivo de causar un perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero», esto es, por parte del hombre pareja o expareja de la mujer. Por otra parte, antes de haberse introducido este apartado donde se recoge expresamente el concepto de violencia vicaria en la LOVG, una reforma de 2015 (34) ya había incluido a los menores en el objeto de la ley de violencia de género estableciendo que «por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, guarda y custodia, víctimas de esta violencia» (art. 1 ap. 2 LOVG).

En consecuencia, entiendo que se prevén dos situaciones diferentes: Por una parte, la reforma de 2015 es la que posibilita que el menor de edad, que es víctima indirecta de la violencia de género que se ejerce sobre la madre, pueda incluirse en el objeto de la ley. En segundo lugar, la reforma de 2021, que introduce el concepto de violencia vicaria, lo que hace es incluir como objeto de la ley a los menores de edad que son víctimas directas de violencia, sólo si a su vez se puede considerar que esta violencia es una manifestación de violencia de género contra la mujer. Es el hecho de conexión con la mujer

(33) *Vid.,* ampliamente, un análisis completo de las diferentes leyes autonómicas, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Violencia vicaria de género…, op. cit*., p. 38 y ss.

(34) Disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.* En la exposición de motivos de se argumenta que «Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma».

(cuando tenga por objetivo causar un perjuicio o daño a la misma) el que posibilita que los menores de edad puedan beneficiarse de las ayudas de la asistencia y protección previstas en la LOVG, no en los casos en que la violencia ejercida sobre el menor de edad no tenga vinculación con la violencia de género hacia la mujer. Ello es lógico, pues se trata de una ley integral contra la violencia de género, pero genera la indeseable consecuencia de configurar un estatuto de protección y asistencia al menor de edad diferente en función de si la violencia ejercida sobre el menor es para dañar a la madre (dolo indirecto) o para dañar al menor de edad (dolo directo). En el primer caso, sus derechos asistenciales serán los previstos en la *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género.* En el segundo caso, quedarán sujetos a la *Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* y, en general, por la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito.* El elemento que marca un diferente estatuto jurídico asistencial no es la protección de la víctima menor de edad como sujeto especialmente vulnerable, sino el motivo del agresor para cometer un delito sobre el niño, niña o adolescente. Esta maraña legislativa se sitúa en contra de las previsiones internacionales de protección a las víctimas del delito, donde no se destila una visión sectorializadora de la protección y asistencia de la víctima en función del delito cometido –ni mucho menos por los motivos para delinquir del autor– sino en una protección general para todo tipo de víctimas sin importar de qué delito y reforzada en casos de categorías de víctimas especialmente vulnerables (insisto, sean del delito que sean) (35).

3.2 La prevención del riesgo de victimización del menor de edad en un contexto de violencia de género

Por otra parte, ya hemos apuntado que, a nuestro juicio, el surgimiento de la violencia vicaria ha servido para llamar la atención sobre la necesidad de valorar, en un contexto de violencia de género contra la mujer, el riesgo que corren los menores de edad de sufrir también episodios violentos. Las manifestaciones normativas de este aspecto constituyen un amplio abanico de medidas, tanto civiles como penales, que podrían categorizarse en la adopción de medidas tendentes a

(35) En este sentido, sobre si resulta adecuado mantener un estatuto protector procesal penal específico para las víctimas de violencia de género, *vid.* Villacampa Estiarte, C., *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 100 y ss.

la protección del menor potencial víctima y sanciones penales que también pretenden prevenir futuras victimizaciones contra los menores de edad hijos de la mujer victimizada.

Sin ánimo de ser exhaustiva, pues existen publicaciones que dan cuenta detallada de estas reformas (36), nos centraremos en dos aspectos. En cuanto a las medidas cautelares, la suspensión del régimen de visitas de los hijos o hijas en común y, respecto a las penas, la privación o inhabilitación especial del derecho de patria potestad.

Se trata de dos ejemplos que tienen en común el alejamiento del hijo/a respecto al padre acusado o condenado por violencia de género y respecto a las que un sector de la doctrina considera de gran importancia acordar con mayor frecuencia, de acuerdo con la construcción teórica de la violencia vicaria, para prevenir la victimización del menor de edad a raíz de un proceso penal o condena por violencia de género contra la madre. Se sostiene que, cuando un hombre es acusado o condenado por violencia de género, las medidas de protección acordadas sobre la mujer víctima impiden continuar con el maltrato hacia ella, de manera que el sujeto utiliza a los hijos como objeto para continuar con el maltrato, ya sea a través del régimen de visitas, ya sea a través del ligamen que supone el ejercicio conjunto de la patria potestad (37).

En un estudio empírico de Vaccaro sobre homicidios y asesinatos de niños y niñas a manos de su progenitor, al que posteriormente nos referiremos con mayor detalle, se halla que en el 44 % de los casos analizados el delito se comete durante el régimen de visitas, en un 18 % durante alguna situación de convivencia, generalmente cuando el padre está al cuidado del menor de edad mientras la madre trabaja, y en un 18 % durante o tras una pelea entre el padre y la madre (38). Desde otras investigaciones se denuncia la escasa aplicabilidad de las medidas referidas. Así, por ejemplo, respecto a las suspensiones del régimen de visitas, Peral López afirma que los jueces adoptan esta medida en menos del 3 % de los casos en que se solicita (39). Circunscrito el análisis de datos en Andalucía, la misma autora concluye que, desde la entrada en vigor de la LOVG en 2004, existen partidos judiciales donde nunca se ha acordado una medida

(36) Entre otros, Peral López, M. C., *Madres maltratadas…, op. cit.*; Magro Servet, V., «No matarás… a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria», *Diario La Ley*, núm. 10194, de 22 de diciembre de 2022.

(37) *Vid.,* entre otros, Vaccaro, S., «Estudio sobre el análisis de datos de violencia vicaria…», *op. cit.* p. 10; Peral López, M. C., *Madres maltratadas… op. cit.*

(38) *Vid.*, Vaccaro, S. «Estudio sobre el análisis de datos de violencia vicaria…», *op., cit.* p. 31.

(39) Peral López, M. C. (2022): *Madres maltratadas… op. cit.,* p. 170.

civil de protección del menor, ni suspensión de la patria potestad, guarda y custodia ni régimen de visitas (40).

Respecto a la suspensión del régimen de visitas, el cambio sustancial a nivel legislativo se produce a través de la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.* Por una parte, se modifica el artículo 94 CC, en el que se prevé que «… no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de sus hijos». Por otra parte, también se modifica el artículo 544 ter de la LECrim. En él se prevé que «cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con el inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial».

Como apunta Magro Servet, se produce una modificación del sistema regla-excepción. A partir de la entrada en vigor de esta ley, cuando se dicte una orden de protección en supuestos de violencia de género habitual (art. 173.2 CP), la regla general es que se acuerde como medida civil la suspensión del régimen de visitas, y la excepción será que el juez no la acuerde, siempre y cuando venga solicitado de parte, se fundamente (de manera motivada) en interés superior del menor y exista una previa evaluación de la situación paternofilial. De esta forma, lo que antes era la regla general (no suspensión del régimen de visitas) se convierte ahora en una excepción *ex lege* (41).

Por otra parte, respecto a la privación o la inhabilitación especial del derecho de patria potestad se trata de penas privativas de derechos (art. 39 b) y j) del CP) reguladas en el artículo 46 CP, que se pueden acordar como pena principal en algunos delitos (42) o como penas accesorias. En

(40) *Op. ult. cit*., p. 161.

(41) Magro Servet, V. (2022): «No matarás…», *op. cit.*

(42) Está previsto en la parte especial en los siguientes delitos: homicidio y asesinato (art. 140 bis CP), lesiones agravadas (art. 149.2 CP), maltrato singular (art. 153 ap. 1 y 2 CP), amenazas leves en el ámbito de la violencia de género y doméstica (art. 171.4 y 5 CP), coacciones leves en el ámbito de la violencia de género

este último caso, como pena accesoria para delitos que prevean una pena igual o superior a diez años o inferior a diez años, el Código penal exige que los derechos de los que se priva al condenado «hubieren tenido "relación directa" con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en sentencia» (arts. 55 y 56.1 3.º del CP).

Más allá de los hechos en los que el menor haya sido directamente victimizado, puede resultar difícil el establecimiento de dicha relación directa entre la violencia de género sufrida por la madre y la privación o inhabilitación especial del derecho a la patria potestad respecto de un hijo en común. Con todo, la jurisprudencia ha ido admitiendo su aplicación, tanto en los supuestos en los que el menor de edad ha presenciado actos violentos (43), como en aquellos casos en los que no los ha presenciado (44), pudiendo constituir además una circunstancia agravante de los delitos vinculados a la violencia de género o doméstica (45).

Pero la evolución legislativa, que tiende a excepcionar la parte general del Código penal a través de modificaciones en la parte especial, ha iniciado un camino, que probablemente tenderá a expandirse, en el que la privación de la patria potestad deja de ser una pena potestativa y se convierte en preceptiva, anulando la discrecionalidad judicial. Este es el caso de los delitos de homicidio y el asesinato, modificados por la Ley Orgánica 8/2021, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia,* en los que se prevé que «si la víctima y quien sea

(art. 172.2 CP), violencia de género y doméstica habitual (art. 173.2 CP), delitos contra la libertad sexual (art. 189.7 y art. 192.3 CP) y algunos delitos contra las relaciones familiares (art. 220.4 CP, art. 221 CP, art. 225 bis CP, art. 226.2 CP y art. 233 CP).

(43) En este sentido, la STS 4122/2015, de 30 de septiembre casa la sentencia de instancia y estima el recurso del Ministerio Fiscal, condenando al acusado a una pena de privación de la patria potestad y a una pena de alejamiento en un caso de tentativa de homicidio a una mujer, perpetrado por el compañero sentimental, en presencia de la hija en común de tres años de edad.

(44) Así por ejemplo, la STS 118/2017, de 23 de febrero, en el que la sentencia argumenta que «si bien la menor no presenció el ataque efectuado por su padre, a su madre, porque este tuvo lugar cuando ella estaba en el colegio, lo cierto es que si este hubiera consumado su propósito, la menor hubiera llegado a su casa y encontrado el cadáver de su madre» Argumenta el tribunal que «el comportamiento del acusado, no es el más adecuado para ejercitar, por ahora la patria potestad pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el severo intento del padre de asesinar a su madre».

(45) *Vid.,* artículo 153.3 CP, artículo 171.5 párr. 2.ª CP y artículo 173.2 párr. 2.ª CP. Según la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 188/2018, de 18 de abril, es aplicable el subtipo agravado del artículo 153.3 CP cuando el menor «se percate o aperciba de la situación de crispación o de enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los hechos. Sin que para ello sea preciso que los vea de forma directa por estar delante de los protagonistas de la escena violenta…».

autor… tuvieran un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá, respecto de este, la pena de privación de patria potestad. La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren» (art. 140 bis ap. 2 CP). Se observa en este caso una tendencia, denunciada por parte de la doctrina ya en otras ocasiones, en la que se procede a eliminar legislativamente la discrecionalidad judicial y, por lo tanto, se imposibilita la adaptación de la norma al caso concreto, sobre todo en casos de penas aplicables a supuestos de violencia de género (46).

Recapitulando, podemos concluir que el debate sobre la violencia vicaria ha servido para intentar mejorar la protección del menor de edad ante posibles riesgos de victimización en un contexto donde se viven episodios de violencia de género (con medidas cautelares y penas que tienen como objetivo separar al progenitor acusado o condenado por violencia de género de sus hijos). Por otra parte, su inclusión explícita en las leyes de violencia de género ha permitido que algunos menores de edad puedan tenerse como personas destinatarias de las medidas asistenciales previstas para la violencia de género, tanto en los que el menor de edad es víctima indirecta –porque sufre por las consecuencias de la violencia de género dispensada a su madre– como cuando el menor es víctima directa de hechos delictivos. No obstante, en este último caso, se exige que esta violencia contra el menor tenga un hecho de conexión con la violencia de género, cifrado en el móvil del autor de causar un perjuicio o daño a la mujer. En este punto, considero que es relevante preguntarse si la violencia que se ejerce sobre los menores de edad suele tener esta etiología, puesto que es la única manifestación que el legislador reconoce explícitamente en el seno de la familia, otorgando un estatuto asistencial específico.

4. EL ASESINATO DE MENORES DE EDAD ¿ES UNA MANIFESTACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO? ALGUNOS DATOS EMPÍRICOS

Uno de los argumentos más utilizados para justificar la importancia del concepto de violencia vicaria es lo que constituiría la

(46) En esta línea, opina que pretender limitar la discrecionalidad de los jueces y fiscales por medio de la reducción de opciones disponibles en sus juicios ignora la complejidad del fenómeno y resulta ingenuo en función de la experiencia comparada, MEDINA, J. J.: *Violencia contra la pareja: Investigación comparada y situación en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 530.

expresión máxima del daño que se puede infligir a una madre: el asesinato de sus hijos para causarle sufrimiento. La cifra que se suele repetir para justificar la adopción de medidas legislativas respecto a la violencia vicaria es que, según datos oficiales publicados por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, desde 2013 hasta julio de 2025, son 65 las personas menores de edad asesinadas por violencia de género por sus padres o por las parejas o exparejas de sus madres (47). Sin embargo, este dato absoluto, sin tener en cuenta la totalidad de menores asesinados, no nos aporta información sobre las dimensiones del problema, ni nos puede ofrecer indicadores sobre los factores de riesgo de muerte de los menores de edad, ni sobre los motivos que impulsan a asesinar a un niño, niña, o adolescente (eje central, este último, del concepto de violencia vicaria) (48).

Tratándose de cuestiones sumamente difíciles de esclarecer empíricamente, las investigaciones no sesgadas en la muestra –que tengan en cuenta la totalidad de muertes violentas de menores de edad– pueden ofrecer algunos puntos de reflexión. Y, aunque los estudios de sentencias tienen algunos inconvenientes –solo reflejan la delincuencia conocida y que llega a los tribunales–, pueden ser un buen punto de partida (49). En este sentido, cabe resaltar un trabajo de Hava García, en el que se analizan 497 sentencias de casación del Tribunal Supremo sobre homicidios y asesinatos dictadas entre 2017 y 2021 (50). Como dato global, el estudio apunta que la violencia contra el hijo/a de la pareja representa el 3,5 % del total, de los cuales el 1,1 % responderían al patrón de violencia vicaria (homicidios y asesinatos de hijos de la mujer con el fin de causar un daño psico-

(47) Así lo recoge la exposición de motivos del *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria.*

(48) En esta línea, Acale Sánchez apunta que los datos del Ministerio de Igualdad no permiten conocer el número de menores asesinados junto con sus madres del número de menores asesinados en lugar de sus madres, esto es, diferenciar los casos en los que se trata de violencia doméstica o de violencia vicaria (Cfr., Acale Sánchez, M., «Acercamiento a la violencia vicaria», *op. cit.,* p. 126).

(49) Como acertadamente apunta Ramos Vázquez, los estudios de sentencias no pueden recoger los casos en los que el autor del asesinado del menor se suicida después, ya que no podrá ser perseguido penalmente (Cfr., Ramos Vázquez, J. A., «Gritos de un mundo desconocido: una aproximación a la muerte violenta de menores a través de la jurisprudencia*», Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018). Consideramos que este dato puede tener relevancia en la temática que nos ocupa.

(50) Cfr., Hava García, E., «Un estudio descriptivo de los homicidios y asesinatos enjuiciados por el Tribunal Supremo entre 2017 y 2021», *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)*, vol. 21, 2023, núm. 1.

lógico) y el 1,85 % este homicidio o asesinato del menor se produce de forma simultánea o inmediatamente posterior a la agresión de la madre. Concluye este estudio, en relación con el tema que nos ocupa, que las víctimas menores de edad, aun siendo un grupo estadísticamente poco importante de la muestra en total (8,1 %), responde a dos categorías esencialmente: violencia contra hijo/a en la pareja (18 casos) y violencia entre parientes convivientes (14 casos) (51).

Por su parte, en el estudio de Ramos Vázquez, se analizan 84 sentencias, que dan cuenta de 64 fallecidos y otras 32 tentativas de asesinato u homicidio de menores de edad en el período entre 2000 y 2016 (52). Confirmando en España los resultados empíricos de otros países, se observa que los menores de un año son los numéricamente más afectados por muertes violentas, constituyendo el 20 % de todos los menores muertos y el 38 % de las tentativas. Identifica el autor una clara variable de género, pero en sentido inverso al que apunta la violencia vicaria: en el 84 % de estos casos la autora es una mujer. Y, en general, considerando todas las edades de los menores víctima, el 55 % es perpetrado por hombres mientas que el 45 % es ejecutado por mujeres. Señala el autor que, siendo por lo general los homicidios un terreno masculinizado, en el sentido de que es perpetrado en un 90 % por hombres, cuando se trata de menores de edad víctimas de homicidios, las mujeres autoras representan el 45 %. El segundo hallazgo del autor, en el tema que nos ocupa, es el estudio específico en relación con los padres o padrastros (hombres) que acaban con la vida de sus hijos. Es este caso, el autor apunta que casi la mitad de los homicidios o asesinatos de menores llevados a cabo por los padres o las parejas de la madre lo han sido en contextos de violencia contra la mujer.

Específicamente sobre la violencia vicaria, Vaccaro realiza un estudio empírico en el que recoge asesinatos de niños y niñas a manos de su progenitor (hombre) desde el año 2000 hasta el 2021 (53). La muestra, está compuesta de 31 sentencias y 19 casos de hemeroteca (cosa que cubriría los casos no juzgados por suicidio del agresor). En los resultados de esta investigación se observa que el padre biológico

---

(51) La autora ofrece también datos interesantes acerca de lo que denomina «violencia contra allegados de la pareja», es decir, aquellos en los que la víctima del homicidio o asesinato es otro familiar o allegado de la mujer, lo que representa, según este estudio, el 3,9 % del total de la muestra (Hava García, E., *ob. ult. cit*. p. 11).

(52) Cfr., Ramos Vázquez, J. A., «Gritos de un mundo desconocido…», *op. cit.*

(53) *Vid.,* más ampliamente, Vaccaro, S. E.: «Estudio sobre el análisis de datos…», *op. cit.*

era el agresor en el 82 % de los casos. Cuando el agresor tenía antecedentes penales (26 % de la muestra), el 60 % tenía antecedentes por delitos relacionados con la violencia de género. Ahondando en la relación entre la muerte del menor y la violencia de género, se observa que en un 74 % sí se identificó violencia de género hacia la mujer. Los datos propician una reflexión para el sistema de justicia penal, pues se observa que en un 46 % se trata de asesinatos donde había habido violencia de género sin denuncia. En los casos en los que sí se dio alerta a las autoridades, en un 70 % no se estableció ninguna medida de protección. En el 96 % de los casos no hubo evaluación previa del estado del niño o niña.

Por ello, y aunque resulta necesaria más investigación, los resultados preliminares de la misma apuntan a que la familia, lejos de ser un lugar seguro, en ocasiones representa el ecosistema más peligroso para los menores. En contra de lo que se podría pensar, tanto hombres como mujeres atentan contra la vida de sus hijos, y cuando lo realiza un hombre, está relacionado con la violencia de género en una horquilla entre el 50 y el 74 %, a tenor de los estudios anteriormente descritos. Por lo tanto, la violencia vicaria tan solo responde a una explicación parcial y no suficientemente omnicomprensiva del peligro que sufren algunos menores en sus familias. Si las medidas legislativas se centran tan solo en responder a la llamada violencia vicaria, puede que se esté orillando la atención de más de la mitad de los menores que fallecen a manos de sus progenitores. Con todo, en los casos en los que se produce violencia de género en el seno de la familia, la investigación es bastante indicativa acerca del riesgo de sufrir violencia que supone para otros integrantes del núcleo familiar, especialmente para los hijos menores de edad.

Pero estas reflexiones críticas, que hemos realizado sobre la incidencia de este tipo de violencia o respecto a la adopción de medidas de protección, asistenciales y/o de prevención de la victimización, no son los únicos parámetros que deben utilizarse para la valoración de la tipificación de un nuevo delito de violencia vicaria, que abordaremos en el siguiente apartado. Únicamente podrían poner en tela de juicio, como veremos, la *ratio legis* del precepto proyectado, lo que ahondaría en su valoración político criminal. Pero en el caso de plantearse la tipificación de un delito de violencia vicaria deberemos valorar, además, si existe un injusto cualificado que merezca una punición atendiendo a los principios y garantías penales, como el respeto al principio de ofensividad, responsabilidad por el hecho, intervención mínima, proporcionalidad, entre otros. A ello dedicamos las últimas páginas de este trabajo.

5. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS EN MATERIA DE VIOLENCIA VICARIA: ¿ES NECESARIA LA TIPIFICACIÓN DE UN DELITO AUTÓNOMO?

Como se anunciaba en páginas precedentes, recientemente se ha producido un salto cualitativo. La violencia vicaria deja de tratarse como una cuestión necesitada de atención para la protección y asistencia a las víctimas, o para la adopción de medidas procesales o penales tendentes a la prevención de victimización de menores de edad, para pasar a proponerse un delito en el *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria* (54), en el que la motivación ya no es de protección o asistencial, sino el reconocimiento de que constituye un delito contra el adulto aquel daño que se produce sobre un menor de edad, cuando se haya realizado con la intención de causar daño al adulto.

España no es el único país que se está planteando la inclusión de la violencia vicaria en el Código penal. Hasta donde se ha alcanzado a ver, es en Latinoamérica donde también se está valorando, con sendos anteproyectos o proyectos de reforma en Colombia (55)

(54) Concretamente, la primera redacción del artículo 173 bis del Anteproyecto es la siguiente: «1. El que para causar daño o sufrimiento a quien sea o haya sido su cónyuge o persona a la que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, cometa sobre sus hijos o descendientes o sobre las personas menores de edad que se hallan sujetas a su tutela o guarda y custodia, hechos constitutivos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad sexual, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor, contra los derechos y deberes familiares o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 a 5 años. 2. Igual pena se impondrá al que para causar daño o sufrimiento a quien sea o haya sido su cónyuge o persona a la que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, cometa sobre los ascendientes o hermanos de ésta, o sobre su cónyuge o persona a la que esté ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, hechos constitutivos de homicidio o cualquier otro delito grave de los enumerados en el apartado anterior. 3. Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delito sea cometido para causar daño o sufrimiento a quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. 4. Las conductas descritas en el presente artículo se castigarán separadamente respecto a la pena que corresponda por los delitos cometidos sobre las personas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo.». Puede consultarse el anteproyecto en https://www.igualdad.gob.es.

(55) En Colombia, y tras precedentes sentencias de la Corte Constitucional, donde se aborda la violencia vicaria (Sentencia T-245A de 22022) e incluso se define

y en Panamá (56), en los que se adoptan diferentes fórmulas y ubicaciones sistemáticas. En México ya es derecho vigente desde 2024 (57), con la aprobación de una reforma del Código Penal Federal que introduce, en los delitos de violencia familiar, una suerte de circunstancia agravante en el artículo 343 ter 2, cuando quien lleve a cabo conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica o sexual lo realice «a través de interpósita persona».

5.1 **Líneas generales de la propuesta de tipificación y justificación de la reforma proyectada**

Centrándonos en la propuesta española, en el momento de redactar estas páginas es difícil pronosticar las posibilidades de aprobación del citado anteproyecto, o las modificaciones que puede sufrir (58).

(Sentencia T- 172 DE 2023), se debate el Proyecto de Ley núm. 062 de 2023, conocido como «Ley Gabriel Esteban» (en homenaje a un niño asesinado en 2022 por su padre) (Cfr., Meneses Requena, M., «El impacto de la violencia vicaria en Venezuela», *Cuadernos del Cendes*, núm. 117, 2024, p. 123). En concreto, concebida la violencia vicaria como una manifestación de violencia contra la mujer y la integridad familiar, se propone añadir en el artículo 104 del Código penal una circunstancia agravante en los delitos de homicidio cuando se realicen «instrumentalizando a la víctima para causar daño a la integridad física, psicológica, económica o patrimonial del padre o madre; o menoscabar el vínculo familiar (art. 104 CP colombiano). También se proyecta adicionar un artículo 230 B (violencia vicaria o por sustitución) en el título de los delitos contra la familia para sancionar al que «usare como instrumento a los hijos menores o mayores de edad con discapacidad de la persona con la que tenga o haya tenido vínculo de matrimonio, unión marital de hecho o relación de pareja para causar daño a la integridad física, psicológica, económica o patrimonial del padre o madre; o menoscabar el vínculo familiar afectivo incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a seis (6) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes». *Vid.,* P. L.254-2025SC-LEY-GABRIEL-ESTEBAN.pdf.

(56) *Vid.,* Saavedra Naranjo, J. C., «Violencia vicaria: la imperatividad de una legislación», *Iustitia et Pulchritudo*, vol. 65, núm. 1, enero-junio, 2024, p. 36 a 47. Según la autora, el proyecto de ley establece en su articulado que la persona que provoque la muerte sobre los hijos habidos en una relación íntima o amorosa será sancionada con 25 a 50 años de prisión. Se informa de que parte de la doctrina de este país, si bien aboga por la inclusión de esta forma de violencia en la normativa penal, no se encuentran de acuerdo con que sea un delito autónomo.

(57) *D. O. F. 17 de enero de 2024. Vid.*, Artículos 343 Bis al 343 quáter [Delito de Violencia Familiar] Código Penal Federal (CPF) | Justia México, consultado el 28 de febrero de 2026.

(58) De hecho, el *Informe complementario sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria* del Consejo General del Poder Judicial indica que el texto inicial del anteproyecto ha experimentado cambios tras la

Pero ha planteado un debate importante sobre el que pretendemos incidir tomándolo como punto de referencia, independientemente de todas las cuestiones concretas y/o formales que cabría comentar y en las que no podemos detenernos. Fundamentalmente nos centraremos en si es necesario, útil y/o conveniente la creación de un tipo específico autónomo y el alcance del mismo.

La exposición de motivos del anteproyecto justifica la propuesta de tipificación del delito de violencia vicaria en el artículo 173 bis del Código penal como un delito contra la integridad moral, argumentando que «resulta imprescindible para "visibilizar y sancionar" de forma autónoma una "conducta con entidad propia", que tiene como finalidad infligir sufrimiento a la víctima mediante el daño directo a otras personas con las que guarda algún tipo de vínculo afectivo. De modo que "se colma una laguna legal" y se dota al ordenamiento jurídico de una herramienta más clara y eficaz para la persecución de este fenómeno, reforzando el principio de protección integral que exige la normativa internacional en materia de derechos humanos y violencia de género» (59).

El artículo 173 bis CP proyectado, se estructura a rasgos generales en dos niveles de gravedad (60): por un lado, y de forma agravada, la violencia vicaria de género, cuando el sujeto pasivo es quien sea o haya sido su esposa o mujer a la que esté o haya estado ligado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Por otro lado, el tipo básico, que lo constituiría o bien la violencia vicaria doméstica (61), o bien la violencia vicaria ejercida sobre el cónyuge, pareja o expareja (62), según las diferentes versiones. En cualquier caso, la violencia vicaria consistiría en realizar una serie de delitos contra un tercero (generalmente familiar) «para causar daño o sufrimiento» a su mujer pareja o expareja (violencia vicaria de género) o a otras personas del núcleo familiar (violencia vicaria doméstica). Cierra la propuesta de articulado con la previsión de una cláusula concursal, en el sentido de sancionar separadamente los delitos cometidos sobre el tercero familiar.

---

recepción del informe del Consejo Fiscal y del primer informe del Consejo General del Poder Judicial.

(59) La cursiva es mía.

(60) *Vid.,* la primigenia redacción en la nota 54.

(61) Es decir, tomando como sujetos pasivos del delito de violencia vicaria los previstos en el artículo 173.2 CP, siempre que no se trate de la esposa, mujer pareja o expareja, que se sancionan de manera más grave como violencia vicaria de género.

(62) Esto es, quien sea o haya sido su cónyuge o persona a la que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, exceptuando los casos en los que se trata de la mujer.

5.2 **Valoración dogmática y de política criminal**

Como apuntábamos en párrafos precedentes, una primera reflexión se concentra en la *ratio legis* del precepto y la valoración político criminal del mismo, lo que conduce a contrastar los motivos argüidos por el pre-legislador en la exposición de motivos, y el debate suscitado anteriormente, con la tipificación proyectada.

Lo primero que llama la atención es la disonancia entre el concepto de violencia vicaria que se ha acuñado hasta ahora en la LOVG y las justificaciones que se han pergeñado para reconocer su existencia e importancia, y el delito propuesto, que resulta mucho más amplio.

En primer lugar, porque no se propone la tipificación de la violencia vicaria en tanto que manifestación de violencia de género, sino también como una manifestación de violencia, en general, contra la pareja o expareja o bien en tanto que violencia doméstica. Así, el sujeto activo del tipo básico del artículo 173 bis del Anteproyecto será, la más de las veces, la mujer que pretende causar daño o sufrimiento a su marido, pareja o expareja, a través de la realización de una serie de delitos contra los hijos, descendientes, ascendientes o hermanos de su cónyuge, pareja o expareja (63). Es, en cambio, de forma agravada, donde se propone la tipificación de la violencia vicaria de género. Pese a ello, la exposición de motivos del anteproyecto de ley insiste en que «esta Ley Orgánica constituye un instrumento esencial para definir jurídicamente la violencia vicaria como una manifestación de violencia de género». No se alude en la exposición de motivos, en ningún momento, a la violencia vicaria cuando la autora es una mujer que pretende provocar sufrimiento al hombre y por qué propone tipificarla también como delito.

Del estudio de Ramos Vázquez anteriormente aludido, se ha señalado que los asesinatos de los hijos a manos de sus madres representan un 45 % del total en periodo objeto del estudio. Sin embargo, la jurisprudencia tiende a aplicar eximentes (completas o incompletas) de inimputabilidad o atenuantes especialmente cuando la autora es una mujer (41 % madres, 9 % padres) (64). Con todo, y entiendo que, desde el punto de vista criminológico, la jurisprudencia ya está calificando como violencia vicaria la condena por asesinato de hijos a manos de sus madres (STS 2035/2024, de 17 de abril), aun sin vislum-

(63) La referencia al «cónyuge» permite acoger también los supuestos de relaciones de pareja homosexuales entre sujeto activo y pasivo del delito.

(64) Cfr., Ramos Vázquez, J. A., «Gritos de un mundo desconocido…», *op. cit.* p. 303.

brarse en el caso concreto ningún elemento subjetivo del injusto de la autora tendente a causar perjuicio a la pareja o expareja, eje central de la configuración del concepto de violencia vicaria, aunque actualmente no exigible en los tipos penales existentes.

En segundo lugar, la propuesta de tipificación del delito de violencia vicaria también resulta más amplia en cuanto a las justificaciones que se han argüido respecto a esas terceras personas sobre las que se cometen delitos para dañar a la pareja o expareja. No sólo se refiere a los delitos realizados sobre los menores de edad, sino que se incluye a otros familiares de la persona a la cual se le quiere ocasionar un sufrimiento, tales como los ascendientes o los hermanos de la víctima o de su cónyuge. Sin embargo, tal y como ocurría con la anterior reflexión, son los menores los únicos que se mencionan en la exposición de motivos, justificando la propuesta de reforma en el número de asesinados por sus padres o por las parejas o exparejas de sus madres, y afirmando que «esta ley orgánica mejora y refuerza la protección de niñas, niños y adolescentes».

Siendo que el delito proyectado no se ajusta a la definición previa de violencia vicaria de la LOVG ni es coincidente con las justificaciones analizadas con anterioridad que impulsan la reforma, queda por dilucidar si, como apunta la exposición de motivos, se trata de una conducta con entidad propia que colma una laguna legal en nuestro ordenamiento jurídico. En definitiva, será necesario realizar una valoración jurídico-penal, enmarcada en los principios y garantías propias del Derecho penal.

Desde una concepción dualista del injusto penal, ampliamente aceptada por la doctrina, los tipos penales se deben configurar acogiendo tanto un desvalor de acción como un desvalor de resultado (65). Esta consideración pretende hallar un equilibrio entre las concepciones objetivistas y las tendencias imperativistas del Derecho penal y hunde sus raíces en el sentido de la norma penal. En una apretada síntesis, si se construyera la norma penal en base, exclusivamente, a un juicio objetivo de valoración, se incidiría sobre la afectación a un bien jurídico protegido, pero resultaría contraproducente en tanto que se podría llegar a admitir la responsabilidad objetiva (sin dolo o imprudencia). Desde el otro extremo, en las tesis que consideran la norma penal como regla de determinación o imperativo, quedaría en segundo plano la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, abocando al derecho penal al peligro de un sistema puramente autoritario,

(65) Para un análisis del papel del resultado en la fundamentación del injusto, *vid.,* por todos, Laurenzo Copello, P., *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 36-61.

donde se tipificarían conductas que constituyan la simple infracción de un deber (66).

Esta concepción dualista de la norma penal no se observa a simple vista en el delito de violencia vicaria proyectado. La parte objetiva del tipo penal, el hecho por el cual se pretende sancionar, constituye ya un delito sancionado de manera independiente. El propio pre-legislador así lo indica, al afirmar que debe tratarse de hechos constitutivos, por ejemplo, de delitos contra la vida o la integridad física, que se sancionan separadamente respecto al delito de violencia vicaria. Por ello, atendiendo a la estructura típica, la norma tendería a ser imperativista, con los riesgos que acabamos de apuntar.

Careciendo de una tipicidad objetiva autónoma, lo que se puede plantear, en términos de ofensividad al bien jurídico, es que ese delito cometido sobre un tercero (familiar) provoque además un ataque a la integridad moral del cónyuge, pareja o expareja del agresor/a, y que ese desvalor de resultado no quede abarcado por la sanción respecto al delito concreto que se ha producido sobre el tercero.

La primera cuestión que nos planteamos es de qué modo puede verse afectada la integridad moral de la pareja o expareja por un delito cometido sobre un tercero. Al respecto, cabe resaltar que, gran parte de la doctrina, aun admitiendo la necesidad de mantener a la integridad moral como un bien jurídico autónomo, no ha dejado de reconocer la imprecisión del mismo (67). Tanto es así que, en la tramitación parlamentaria del Código penal de 1995, ya se advertía de los graves problemas de interpretación y de seguridad jurídica que se podrían suscitar, aunque su relación con los delitos de tortura (agrupados en el mismo título) facilitaba una interpretación restrictiva (68). Tres décadas después de la aprobación del Código penal, y probablemente debido a la vaporosidad del bien jurídico integridad moral, se observa no sólo el riesgo de que éste se interprete como un «cajón de sastre» con el que poder castigar «conductas o situaciones imprecisas, indeterminadas, que no tengan un reproche penal en otros preceptos concretos del C. penal» –como denunciaba la SAP de Madrid 914/2001, de 27 de diciembre– (69) sino que, además, se observa,

(66) *Vid.,* entre otros, Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 45 y ss.

(67) *Vid.,* por todos, Pérez Machío, A. I.*, El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005, p. 234.

(68) *Vid.,* López Garrido, D., y García Arán, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996, p. 105.

(69) Cfr.*,* Tamarit Sumalla, J. M., «Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en Quitero Olivares, G. (dir.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233*, Aranzadi, Madrid, 2024, p. 1169.

en las innumerables reformas del Código penal, el sobredimensionamiento de delitos que el legislador ha ubicado en este título, vinculados a la evolución de las sensibilidades sociales (70). En definitiva, la integridad moral puede correr el riesgo de ser un cajón de sastre tanto para el legislador como para el intérprete.

Con todo, si la integridad moral se identifica con la tutela de la dignidad del ser humano (71), no se alcanzaría a comprender cómo, en la violencia vicaria, el sujeto pasivo del delito proyectado es la pareja o expareja del autor, ya que la persona que es utilizada como un instrumento es el tercero (generalmente familiar) sobre el que recae la conducta delictiva que pretende dañar a la pareja o expareja. Por ejemplo, quien mata al hijo de su expareja para causar daño o sufrimiento a esta última, a quien está utilizando como medio y no como fin, es al menor de edad y no al adulto al que quiere dañar (72). Es en este caso al menor de edad a quien se le despoja de la condición de persona como titular de derechos, depreciando su condición humana y utilizándolo como instrumento para hacer daño a un tercero (73).

---

(70) Así, a parte de la reubicación del delito de violencia doméstica (y de género, actualmente) de los delitos de lesiones a los delitos contra la integridad moral (art. 173.2 CP), se han introducido también las siguientes tipologías delictivas a lo largo de las sucesivas reformas penales: ocultación de información sobre un cadáver (art. 173.1 párr. 1.º CP), acoso laboral (art. 173.1 párr. 2.º CP), acoso inmobiliario (art. 173.1 párr. 3.º CP), injurias y vejaciones injustas leves en el ámbito familiar (art. 173.4 CP), proposiciones de carácter sexual como delito leve (art. 173.4 párr. 2.º CP).

(71) Considera que la equivalencia de la integridad moral con la dignidad es minoritaria en la doctrina, y no resulta adecuada por cuanto es fundamento de todos los derechos fundamentales, lo que impediría que el delito contra la integridad moral tuviera sustantividad propia, entre otros, Pérez Machío, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código penal…, op. cit.*, p. 233.

(72) El *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria* del Consejo General del Poder Judicial, sostiene que «sin duda», en el delito de violencia vicaria proyectado, se produce una «grave lesión a la integridad moral merecedora de específica tutela penal» (p. 29), sin que se detalle la modalidad de ataque. Más adelante, también reconoce que el «desvalor de la violencia vicaria no se agota en la lesión de la dignidad/integridad de la víctima vicaria» sino que se produce también un ataque a la dignidad sobre el familiar víctima directa del concreto delito. En este caso, plantea la idoneidad de aplicar una agravante genérica que permita sancionar ese plus de desvalor (p. 33). (Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria,* 2025). Con independencia de que no se identifica qué circunstancia agravante puede ser aplicada, no se explica por qué el legislador diseñaría una intervención penal en la que, quien es utilizado como instrumento, merecería la aplicación de una agravante genérica mientras que el cónyuge, pareja o expareja sería la víctima directa de un delito autónomo contra la integridad moral.

(73) Respecto a la integridad moral como derecho fundamental derivado de la dignidad humana y su dimensión en la esfera penal, *vid.,* García Arán, M., «La pro-

Debiendo deducir la modalidad de ataque a la integridad moral de la configuración típica del delito de violencia vicaria proyectado, se observa que la única pista que ofrece el pre-legislador es la expresión «el que para causar daño o sufrimiento», la cual no es sinónimo de actos que supongan instrumentalización, humillación, vejación o envilecimiento de la persona, con las que tradicionalmente se ha asociado el ataque a la integridad moral (74). También puede quedar alejada de la tipicidad proyectada la concepción del atentado a la integridad moral que lo vincula a la quiebra de la autonomía de la voluntad personal, de manera que se afecte al libre desarrollo de la personalidad, impidiendo que el sujeto pasivo pueda aceptar unas posibilidades y descartar otras (75). En este sentido, un episodio de violencia vicaria puede ser la consecuencia de haber ejercido, precisamente, esta la autonomía de la voluntad (por ejemplo, al separarse del cónyuge o al iniciar una nueva relación), de manera que lo que el sujeto activo pretende es vengarse por ejercer esa libertad. El «daño o sufrimiento» evoca, en cambio, a querer causar daños o sufrimientos psicológicos, que es propio de los delitos de lesiones (76). Con todo, si existe un desvalor de resultado en este sentido, son de posible aplicación, como veremos, estos últimos. El delito de violencia vicaria proyectado, en cambio, configura el daño o sufrimiento como un elemento subjetivo del injusto, una intención o móvil del autor, que no precisa producirse para alcanzar la consumación delictiva (77).

---

tección penal de la integridad moral», en Díez Ripollés, J. L.: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir,* Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1241-1258.

(74) Así pues, se considera que «el contenido de la integridad moral es el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores» (Muñoz Sánchez, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 24).

(75) En este sentido, Rodríguez Mesa sostiene que «el atentado contra la integridad moral no tiene por qué suponer en todo caso un sentimiento de humillación o de vejación del sujeto pasivo» y aboga por identificarlo con la «inviolabilidad de conciencia y el respeto a la condición de persona», entendida como «conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al permitir optar al individuo entre distintas posibilidades, procura la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo en su condición de persona», Rodríguez Mesa, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000, p. 172 y ss.

(76) La mayor parte de la doctrina aboga por una configuración autónoma de la integridad moral respecto al delito de lesiones. *Vid.,* entre otros, Muñoz Sánchez, J., *Los delitos contra la integridad moral…*, *op. cit.*, p. 22; Pérez Machío, A. I., *El delito contra la integridad moral…, op. cit.,* 154 y ss.; Rodríguez Mesa, MJ., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral…, op. cit.,* p. 155.

(77) Considera que se trata de un elemento subjetivo del injusto de manera que colmaría las exigencias de la tipicidad proyectada la conducta «que se muestre

Careciendo de la necesidad de constatar un resultado lesivo, y en ausencia de conducta objetiva autónoma, la expresión «para causar daño o sufrimiento» puede entenderse como un ánimo de venganza, lo que sitúa al delito de violencia vicaria proyectado en la tendencia de un derecho penal de autor, el cual fundamenta la responsabilidad del sujeto en atención a su peligrosidad, derivada de su particular modo de pensar. En contraposición, el Derecho penal del hecho, se basa en la necesaria constatación de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Por lo tanto, fundamenta la legitimidad de la intervención penal en la sanción de hechos, no en meros pensamientos, lo que constituye una de las conquistas del Estado de Derecho que lo diferencia de Estados totalitarios (78). Desde este punto de vista, la intervención del Derecho penal –con la concreta definición de delito de violencia vicaria que se maneja– no quedaría legitimada y formaría parte de una peligrosa deriva autoritaria que pone en crisis el derecho penal del hecho (79).

Finalmente, cabe analizar si, con el derecho penal vigente, se cubren o se pueden cubrir los supuestos que criminológicamente pueden calificarse como de violencia vicaria, cuya fenomenología hemos visto a lo largo de este trabajo.

En este sentido, analizamos en primer lugar, la posible concurrencia, en los delitos cometidos sobre el tercero familiar, de la circunstancia agravante genérica del artículo 22.4 CP, consistente en cometer el delito por «razones de género». Un sector de la jurisprudencia ha apreciado su aplicabilidad, con argumentos muy cercanos a los que serían propios de la violencia vicaria. Así, en un supuesto en el que se asesina

---

ex ante como adecuada para dañar la integridad moral del sujeto pasivo y el sujeto activo se represente tal idoneidad», Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*, p. 36.

(78) Señala como uno de los factores de un Derecho penal autoritario la desvinculación de la intervención penal respecto a la lesión de bienes jurídicos, advirtiendo un renacer del autoritarismo penal en España, Alcobea Gil, J. M., *Nacimiento y expansión de un nuevo modelo de política criminal. El Derecho Penal Anticipativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 19.

(79) No se trata de una denuncia aislada. Parte de la doctrina está llamando la atención sobre el «mal estado de salud democrática que atraviesa el *ius puniendi*» (Alcobea Gil, J. M., *op. cit*. p. 15). Ello se manifiesta, a mi juicio, en el creciente número de publicaciones en la actualidad dedicadas a denunciar una crisis del derecho penal del hecho, señalando diferentes tipologías en el Código penal que pueden constituir ejemplos de ello. *Vid.,* Maraver, M./Pozuelo, L. (coords.), *La crisis del principio de hecho en Derecho penal*, Bdef-Reus Editorial, Argentina-Madrid, 2000; González Vaz, C., «Un acercamiento al derecho penal de autor en el Código Penal Español», *Revista Penal México*, núm. 22, 2023, p. 81 y ss.; Alcobea Gil, J. M., *Nacimiento y expansión de un nuevo modelo…*, *op. cit.,* entre otros.

a la pareja actual de una mujer por parte de su exmarido y su suegra, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Tribunal del Jurado), de 30 de diciembre de 2024, confirmada posteriormente por la STSJ de Murcia 866/2025, de 12 de mayo, argumenta la apreciación de la circunstancia agravante considerando que «mata a Arturo también por ser la pareja actual de Rocío (y, lo que es fundamental, no sólo para causar la muerte a Arturo, sino también especialmente, por la vía de consecuencia directa y querida por el agresor, de provocar daño, dolor emocional terrible, a su anterior pareja, por haberle dejado por Arturo)». Sin embargo, en este mismo caso, la STS 6056/2025, de 10 de diciembre, casa las sentencias anteriores, en el sentido de declarar la inaplicabilidad de dicha circunstancia agravante, considerando que «hay que entender que la aplicación de la agravante de género es directa al sujeto pasivo, víctima mujer, y no puede existir una aplicación de la citada agravante, que tiene contenido específico y propio, de forma indirecta a la mujer, cuando el daño directo es a un hombre, aunque éste tenga relación con una mujer». Aludiendo a jurisprudencia consolidada, entiende el alto tribunal que «hay violencia vicaria pero no se aplica la agravante del 22.4 CP porque el tipo penal no prevé su aplicación en estos casos de comisión del delito para infligir daño emocional a la pareja, por regla general al sujeto pasivo mujer cuando ésta quiere abandonar la relación con el autor de crimen y este se venga acabando de forma cruel con la vida de los hijos». Continúa la sentencia, con reflexiones *de lege ferenda*, argumentando que «para que ello fuera posible debería haber una tipificación específica, como ocurre con la denominada violencia vicaria animal, ya que el artículo 340 bis 2, g) CP prevé, precisamente, la aplicación de un subtipo agravado en el caso de que la causación del daño animal de la víctima se lleva a efecto para dañar a la víctima pareja o ex pareja del agresor animal» (80). Sin embargo, como veremos a continuación, existen otras alternativas de calificación actualmente.

En efecto, cabe plantearse, en Derecho penal vigente, la posibilidad de apreciar un delito autónomo. En este sentido, se observa que existen pronunciamientos jurisprudenciales donde la víctima indirecta

(80) Quizás por ello, en la segunda versión del *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*, se propone la especificación de una modalidad de la agravante de género «La circunstancia agravante de cometer el delito por razones de género concurrirá, entre otros supuestos, con ánimo de causar daño o sufrimiento a una mujer, el delito se cometa sobre alguna de las personas previstas en el apartado 1 del artículo 173 bis por parte de quien sea o haya sido su cónyuge o de quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». *Vid.*, Consejo General del Poder Judicial: *Informe complementario sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*, 2026.

que sufre por un daño causado a otra persona trasciende de la consideración de perjudicado civil para pasar a ser sujeto pasivo de un delito contra la integridad moral y/o contra la integridad física, siempre y cuando se observe, en el caso concreto, un desvalor objetivo que afecte a estos bienes jurídicos. Observamos dos grupos de casos:

En primer lugar, supuestos donde, tras la comisión de un delito de asesinato, se realizan comportamientos posteriores que, más allá del autoencubrimiento impune según el juzgador, suponen engaño, ocultación cruel o burlas que causan un menoscabo a la dignidad de los padres de la persona fallecida. A este ámbito pertenecen las condenas por trato degradante (art. 173.1 CP) en la STS 62/2013, de 29 de enero (caso Marta del Castillo) (81), o en la STS 701/2020, de 16 de diciembre (caso del niño «Cecilio Gabriel Cruz») (82). Estos supuestos, tan mediáticos en nuestro país, suscitan numerosas cuestiones jurídicas,

(81) Argumenta la sentencia en el caso concreto que «Son aquí los padres de la menor y sus hermanas quienes adquieren esa condición de víctimas directas del delito. Al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa, despreciando los sentimientos y por ello la dignidad de las víctimas.

El desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando Miguel Nicanor se proyectó sobre aquéllos, convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no sólo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, "causando si cabe mayor dolor" al ya ínsito en la muerte de la menor».

(82) El Tribunal Supremo ratifica la condena a una acusada por delito de asesinato de un menor de 8 años (hijo de su pareja) y por delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP), cuyas víctimas son los padres, por el hecho de que, tras el asesinato, simuló estar buscando el niño, generando falsas expectativas sobre su aparición lo que, según la sentencia, humilló a los padres. La sentencia considera que los hechos trascienden del autoencubrimiento impune para pasar a constituir un delito de trato degradante, en tanto en cuanto la acusada llevó a cabo un «comportamiento continuado de sobreactuación y fingimiento innecesarios, con falsas expresiones de aliento y esperanza dirigidas a los padres, a sabiendas de que el niño no aparecería, pues lo había matado ella». Según la sentencia, «no resulta difícil entender que esa conducta aumentó el dolor de la madre del menor, quien conocía que la acusada era la principal sospechosa, y para el padre, al enterarse de que la culpable era su pareja, con quien convivía, y había mantenido esa actitud de fría y calculada simulación». Respecto a la acusación sobre lesiones psíquicas a la madre, la STS considera que no son apreciables, argumentando que «el concurso con otros delitos, como el aquí estudiado de lesiones psíquicas no es imposible, pero se deberá acreditar un menoscabo en su salud psíquica que curse en una enfermedad mental configurada por una patología plenamente acreditada mediante los oportunos dictámenes periciales. En nuestro caso, el Tribunal Supe-

así como la posterior tipificación como delito la ocultación de información sobre el paradero de un cadáver (art. 173.1 párr. 1.º CP, introducido por la LO 14/2022, de 22 de diciembre) (83). Sin embargo, no nos detendremos aquí, pues entiendo que quedarían alejados de la violencia vicaria si consideramos que el autor ha realizado actos posteriores que aumentan el dolor del familiar, pero no se realiza el delito sobre el menor «para» causar daño o sufrimiento.

En segundo lugar, más próximos a la denominada violencia vicaria, se situarían los casos en los que, con el delito realizado, no sólo se causa un menoscabo a la víctima directa, sino que *por la forma en la que se ejecuta el delito*, se aprecia además un atentado a la integridad moral a un tercero. Tratándose el delito trato degradante (art. 173.1 CP) de un tipo común, no requiere una especial cualificación del sujeto activo, de manera que resulta más amplio que el delito de violencia vicaria proyectado, en la medida en que no será necesario constatar una doble relación familiar, esto es, a) una relación entre sujeto activo y pasivo del delito (ser pareja o expareja) y b) una relación, familiar generalmente, con la tercera persona que sobre la que se realiza unos delitos concretos.

Así, se han hallado condenas en las que existe una relación entre las dos víctimas, pero no respecto al sujeto activo del delito. Este es el caso de la STS 994/2011, de 4 de octubre (Rec 10433/2011) en la que se condena al acusado por un delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP) en un supuesto en que se utiliza a una persona de colchón sobre el que coloca a su novia, y en cuya situación ejecuta reiteradas agresiones sexuales, de manera que «le impone presenciar dichas agresiones a su novia a la vez que le impide, al estar aprisionado debajo de ella, cualquier movimiento, colocándole en una situación de absoluta impotencia y desesperación».

En los casos más cercanos a la fenomenología de la violencia vicaria descrita precedentemente, se sitúan condenas por lesiones psíquicas (art. 147.1 CP), tanto cuando el sujeto activo es la mujer como cuando lo es el hombre (en este último caso aplicando la agravante específica de género prevista en el art. 148.4 CP).

Así, la STS 2444/2025, de 22 de mayo, confirma la sentencia de instancia por la que se condena al acusado, entre otros delitos, por el

---

rior de Justicia "a quo" ha dejado sin efecto tal resultado, de modo que no queda sino el delito contra la integridad moral, que es un delito sin resultado material».

(83) Se trata de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.*

asesinato hiperagravado de su hijo menor de 11 años en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas agravadas por razón de género a la madre (art. 148.4 CP). El Tribunal *a quo* (SAP Valencia, Tribunal Jurado 7/2024, de 31 de enero), recoge en los hechos probados que «quería matar a su hijo para así, causar a la madre del niño (su exesposa) el mayor dolor de todos los imaginables». Considera en los fundamentos jurídicos que se convierte «la muerte de su hijo en un paradigmático acto de violencia machista vicaria» y lo fundamenta no sólo en que el propio acusado reconoció en la declaración que si no se hubieran separado no hubiera ocurrido el delito sino además en diversos mensajes y en «la perversidad de haber propiciado que la madre oyese morir a su hijo». El acusado «permitió que, mientras lo estaba acuchillando, su hijo contestase al teléfono a una de las llamadas de su madre, solo para permitir que ésta lo oyese gritar, llorando». Ello lo hizo «para causarle daño a su ex pareja a la que despreciaba, por ser mujer, y a la que solo reconocía la posibilidad de la sumisión machista y matando al niño como colofón de su deseo de dominación machista contra ella mantenido a lo largo de todo el matrimonio».

Por otra parte, en los supuestos en los que el sujeto activo es la mujer, también se ha aplicado el delito de lesiones psíquicas en casos calificados también jurisprudencialmente como de violencia vicaria. Así, la STS 1201/2022, de 22 de marzo, se condena a la acusada, además de por el delito de asesinato a su hijo, por un delito de lesiones psíquicas respecto del padre, recogiéndose en los hechos probados que «la acusada […] dando muerte a su hijo … quiso de forma consciente y voluntaria causar el mayor daño posible al padre del niño […]. La acusada … quiso y fue consciente de que matando al menor… aumentaba el sufrimiento de Rómulo, menoscabando su salud psíquica».

Pese a las afirmaciones de los tribunales en las anteriores sentencias, destacamos que, en cuanto a la parte subjetiva, la amplitud del delito de lesiones psíquicas es mayor que el delito de violencia vicaria proyectado, ya que no es necesario que se verifique la existencia de un especial elemento subjetivo del injusto cifrado en la voluntad de utilizar el delito como herramienta para hacer daño, sino que ya colma las exigencias de la tipicidad la constatación de un dolo eventual respecto al resultado producido (el daño psicológico ocasionado al cónyuge, pareja o expareja).

De todo lo expuesto se evidencia que no existe tal «laguna legal» a la que se alude en la exposición de motivos del *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*. Actualmente estos casos son sancionados por el delito de lesiones psíquicas (art. 147 CP), agravadas cuando la víctima es la madre (art. 148.4 CP).

Si lo que se pretende con la propuesta legislativa es sancionar los supuestos en los que no se constata pericialmente una lesión, entendida como menoscabo de la salud mental, que requiera objetivamente tratamiento médico, también existe artículo 147.2 CP o, más específicamente en el ámbito de género y doméstico, el artículo 153 ap. 1 y 2 CP. Si se produjeran varios episodios de violencia directa o vicaria contra la mujer, pareja o expareja, también se podrían colmar los requisitos típicos del maltrato habitual del artículo 173.2 CP. Recordemos, como apuntamos al inicio de este trabajo, que desde la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio se introdujo la violencia psíquica, junto a la física, como objeto de sanción penal. En definitiva, dependiendo del desvalor de resultado provocado con la violencia vicaria (lesión psíquica que requiera tratamiento médico o no) y de si ésta se entiende como un acto único o habitual, podrán aplicarse unos u otros delitos.

En conclusión, consideramos que la traslación automática de reflexiones criminológicas que pretenden explicar la etiología delictiva a una norma jurídico-penal no sólo no colma ninguna laguna legal, sino que además es contraproducente. Al describir en la tipicidad esa fenomenología delictiva, sin una reflexión dogmática y acorde a los principios y garantías penales, se crean tipos extraños que tienden hacia un derecho penal de autor, elevando a la categoría de delito el mero pensamiento vengativo. Para los casos donde existe un desvalor de resultado ya existen suficientes delitos que cubren las diferentes hipótesis. Otro derecho penal es posible. El vigente.

6. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., «Acercamiento a la violencia vicaria», en Fernández Teruelo, J. G./García Amez, J./Fernández Ribera González, P. (dirs): *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Aranzadi, Navarra, 2022.

— «Aspectos penales del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017», *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2018.

ALCOBEA GIL, J. M., *Nacimiento y expansión de un nuevo modelo de política criminal. El Derecho Penal Anticipativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CEDAW, *Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Comunicación núm. 47/2012 González Carreño c. España (CEDAW/C/58/D/47/2012).

Consejo General del poder judicial, *Informe complementario sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*, 2026.

— *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*, 2025.

Defensor del Pueblo, *Violencia vicaria de género. Las otras víctimas*. Madrid, 2024.

Eurípides, *Tragedias I.* Cátedra Letras Universales, 17.ª ed., Madrid, 2022.

Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*.

García Álvarez, P., y Del Carpio Delgado, J., *Delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

García Arán, M., «La protección penal de la integridad moral», en Díez Ripollés, J. L. (coord): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.

González Vaz, C., «Un acercamiento al derecho penal de autor en el Código Penal Español», *Revista Penal México*, núm. 22, 2023.

Hava García, E., «Un estudio descriptivo de los homicidios y asesinatos enjuiciados por el Tribunal Supremo entre 2017 y 2021», *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)*, vol. 21, 2023.

Laurenzo Copello, P., *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

López Garrido, D., y García Arán, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.

Magro Servet, V., «No matarás… a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria», *Diario La Ley*, núm. 10194, de 22 de diciembre de 2022.

Maraver, M., y Pozuelo, L. (coords), *La crisis del principio de hecho en Derecho penal*, Bdef-Reus Editorial, Argentina-Madrid, 2000.

Medina, J. J.: *Violencia contra la pareja: Investigación comparada y situación en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Meneses Requena, M., «El impacto de la violencia vicaria en Venezuela», *Cuadernos del Cendes*, núm. 117, 2024.

Muñoz Sánchez, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Odriozola Echeburúa, E., «Secuelas psicológicas en las víctimas de sucesos traumáticos», en Varona Martínez, G.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con las víctimas*, Aranzadi, Navarra, 2018.

Orejón Sánchez de las Heras, N., «La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 25, enero, 2021.

Peral López, M. C., *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijos*, UMA editorial, Málaga, 2022.

PÉREZ MACHÍO, A. I.*, El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005.

PÉREZ RIVAS, N., *Los derechos de las víctimas en el sistema español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2005.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Gritos de un mundo desconocido: una aproximación a la muerte violenta de menores a través de la jurisprudencia*», Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018.

RÍOS LECHUGA, J. C.; LÓPEZ SAVRA, E., y RUÍZ SÁNCHEZ, S. A., «La conceptualización científica de la violencia vicaria: una revisión sistemática siguiendo el método PRISMA 2020», *Investigando en Psicología*, núm. 24, 2023.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000.

SAAVEDRA NARANJO, J. C., «Violencia vicaria: la imperatividad de una legislación», *Iustitia et Pulchritudo*, vol. 65, núm. 1, 2024.

SAVE THE CHILDREN, *Atención a los niños y niñas víctimas de violencia de género. Análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la mujer*, 2006, Depósito Legal: GU-455/2005.

SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A., «La violencia de género como causa de maltrato infantil», *Cuad. Med. Forense*, 12 (43-44), 2006.

TAMARIT SUMALLA, J. M., «Medea y las víctimas vicarias» *IusCrimPol, Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, UOC, 15 de septiembre de 2025.

— «Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en Quitero Olivares, G. (dir.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233*, Aranzadi, Madrid, 2024.

— «Los derechos de las víctimas» en Tamarit Sumalla (coord); VILLACAMPA ESTIRARTE, C., y SERRANO MASSIP, M.: *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VACCARO, S. E., *Violencia vicaria. Golpear donde más duele*, Deslée De Brouwer, 2.ª ed., Bilbao, 2023.

— «Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema. Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres», *Junta de Andalucía*, Granada, 2021.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo», en Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

— *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Delincuentes sexuales menores de edad: las singularidades de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (1)

ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS
Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

RESUMEN

El análisis de las modificaciones introducidas por la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, constituye el objeto central del presente trabajo. Se adopta una posición crítica, en la medida en que las reformas se orientan a reforzar la respuesta punitiva frente a los menores responsables de delitos contra la libertad sexual, configurándose para ellos un régimen diferenciado respecto del aplicado al resto de menores infractores. En consecuencia, la reforma ha dado lugar a un sistema sustentado en auténticas excepciones a los principios generales que informan el Derecho penal juvenil.

Palabras clave: *menores; responsabilidad penal del menor; violencia de género; delitos contra la libertad sexual.*

ABSTRACT

The analysis of the modifications introduced by Organic Law 10/2022, of September 6, on the comprehensive guarantee of sexual freedom, to Organic Law 5/2000, of

(1) Esta publicación se ha realizado en el marco de tres proyectos I+D: Proyecto con referencia (I+D PID2021-127718NB-100), financiado por el Ministerio Ciencia, Innovación y Universidades; Proyecto con referencia: C-SEJ-372-UGR23, financiado por la Universidad de Granada y el Programa Operativo FEDER Andalucía 2021-2027 y Proyecto con referencia: 101176718, ERASMUS-JMO-2024-HEI-TCH-RSCH (EU-WO-VIO), financiado por la Comisión Europea.

January 12, regulating the Criminal Liability of Minors, constitutes the central focus of this work. A critical stance is adopted, insofar as the reforms are geared towards reinforcing the punitive response against minors responsible for crimes against sexual freedom, establishing for them a differentiated regime compared to that applicable to other juvenile offenders. Consequently, the reform has resulted in a system based on veritable exceptions to the general principles that inform juvenile criminal law.

Keywords: *juvenile criminal responsibility; gender violence; crimes against sexual freedom.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual como una ley de género.–III. La incidencia de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, en la LO 5/2000, de 12 de enero. 1. La reforma del artículo 7 LORPM: una nueva medida educativa o una mera redundancia normativa. 2. La reforma del artículo 10 LORPM: ampliación del internamiento en régimen cerrado en los delitos contra la libertad sexual. 2.1 Alcance de la reforma del artículo 10.2 LORPM. 2.2 La contrarreforma del artículo 10. 2.º LORPM por la LO 4/2023. 3. La reforma del artículo 13 LORPM: una excepción al principio de flexibilidad. 4. La reforma del artículo 19 LORPM: mayores exigencias para acceder a la justicia restaurativa. 4.1 Nuevos requisitos para la conciliación de menores infractores que cometen delitos de violencia de género. A. El menor debe cumplir la medida accesoria del artículo 7. 5.º LORPM; B. La víctima debe solicitar expresamente la conciliación.–IV. Conclusiones. – V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los datos más recientes, correspondientes a 2024, indican que un total de 13.491 menores fueron condenados mediante sentencia firme, lo que representa un aumento del 3,6 % respecto del año anterior (2). De ellos, el 79,7 % eran hombres y el 20,3 % mujeres. No obstante, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2025 (3) señala que, en términos generales, la criminalidad asociada a infracciones cometidas por menores de edad ha disminuido, al haberse reducido el volumen global de conductas delictivas. En particular, se constata un descenso

(2) https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176795&menu=ultiDatos&idp=1254735573206.

(3) Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2025. file:///C:/Users/User/Downloads/Memoria2025-menores.pdfp, p. 807.

en el número de diligencias preliminares incoadas, de expedientes de reforma y de escritos de alegaciones (4).

En efecto, aunque ha disminuido el número total de delitos cometidos por menores, la propia Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2025 advierte que las conductas presentan una creciente intensidad violenta. Entre las infracciones más relevantes destacan los delitos de violencia intrafamiliar, lesiones, acoso escolar y los atentados contra la libertad sexual (5). Esta última categoría –los delitos contra la libertad sexual– recibe un tratamiento específico en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que la diferencia del resto de infracciones. Tal singularidad tiene su origen en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, norma que persigue no solo reforzar la protección de las víctimas de violencia sexual, sino también articular respuestas de carácter educativo dirigidas a los menores infractores.

Resulta especialmente preocupante que, en 2024, según datos oficiales del Instituto Nacional de Estadística (INE), 550 menores fueran condenados mediante sentencia firme por delitos contra la libertad sexual –el 95,6 % varones y el 4,4 % mujeres (6)–, lo que supone un incremento del 29,7 % respecto del año anterior (7). Las causas de este aumento son complejas y obedecen a la concurrencia de diversos factores. Entre ellos, la Fiscalía General del Estado destaca la insuficiente formación ético-sexual de los menores y, especialmente, el acceso precoz a contenidos pornográficos inadecuados,

---

(4) *Ibidem*, p. 811. En el año 2024 se incoaron un total de 67.367 «diligencias preliminares» Con ello, «se evidencia que en el año 2024 se ha producido un leve descenso de −6,01 % respecto del 2023. Ello rompe la línea ascendente iniciada en el año 2021 que continuó en el año 2022. De hecho, con respecto del año 2022, el descenso es de −2,54 %, lo que pone de manifiesto que las cifras de incoación de diligencias preliminares van mostrando una vía descendente. Paralelamente, en las cifras relativas a incoaciones de "expedientes de reforma" se detecta un ligero descenso del −4,93 % respecto al ejercicio de 2023, y del −8,19 % respecto al ejercicio de 2022, por lo que la vía descendente es, al igual que en el caso anterior, evidente. En cuanto a las acusaciones formuladas mediante los denominados "escritos de alegaciones", con un total de 15.363, tenemos que reseñar un descenso de −2,15 % respecto al 2023 y del −4,48 % respecto al 2022».

(5) *Ibidem*, p. 808.

(6) Estadística de Condenados: Adultos / Menores del año 2024 extraída del Instituto Nacional de Estadística. Últimos datos de 18 de septiembre de 2025.

https://www.ine.es/dyngs/Prensa/ECAECM2024.htm#:~: text=Por%20su%20parte%2C%20los%20menores, que%20nueve%20fueron%20consideradas%20violaci%C3 %B3n.

(7) https://www.ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176795&menu=ultiDatos&idp=1254735573206.

sin una adecuada educación en valores y sexualidad. Lo que conduce, según la propia Fiscalía, a la trivialización de las conductas violentas, a una concepción distorsionada de las relaciones sexuales libres y consentidas y a una progresiva banalización de la sexualidad y de la intimidad (8).

El análisis de las modificaciones introducidas por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, constituye el objeto central del presente trabajo. Se adopta una posición crítica, ya que las reformas se orientan a restringir el principio de oportunidad y a limitar el acceso a la justicia restaurativa como vía de resolución de conflictos, dificultando la socialización del menor en la sociedad (9).

En este sentido, se constata que los cambios introducidos configuran verdaderas excepciones a los principios generales que informan el Derecho penal juvenil. En efecto, la denominada Ley del «solo sí es sí» ha incorporado una nueva medida educativa accesoria consistente en someter al menor a programas formativos en educación sexual y educación en igualdad de imposición obligatoria, cuya aplicación no atiende al interés superior del menor, ni respeta el principio de flexibilidad en la elección y ejecución de las sanciones, ni el principio de proporcionalidad. Asimismo, las consecuencias previstas ante su incumplimiento se apartan del régimen ordinario. En particular, impide, por un lado, dejar sin efecto la medida principal y, por otro, limita el acceso a la justicia restaurativa.

En definitiva, las modificaciones operadas por la LO 10/2022 se alejan del espíritu que inspira la LO 5/2000, de 12 de enero, al desatender la finalidad y la fundamentación político-criminal que caracterizan este texto normativo. Cabe afirmar, por tanto, que a partir de la entrada en vigor de la LO 10/2022 los menores responsables de delitos contra la libertad sexual quedan sometidos a un régimen diferen-

(8) Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2025.

Memoria de la fiscalía de 2025 file:///C:/Users/User/Downloads/Memoria2025-menores.pdfp. 811 y 12.

(9) En el ámbito del derecho penal de menores, como señala Cardenal Montraveta, no resulta adecuado recurrir al concepto de resocialización, en la medida en que los menores se encuentran aún en un proceso de desarrollo personal y social y, por tanto, no han adquirido plenamente las habilidades y competencias necesarias para desenvolverse en la sociedad al margen de conductas delictivas. Por ello, con acierto, este autor propone sustituir dicha noción por la de «función de socialización», más acorde con la finalidad educativa y formativa que caracteriza al sistema de justicia juvenil. *Vid*. Cardenal Montraveta, S., *La responsabilidad penal de los menores*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 3.ª ed. 2024, p. 86.

ciado y sustancialmente más severo que el aplicable al resto de menores infractores (10).

II. LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL COMO UNA LEY DE GÉNERO

Para comprender el alcance de las reformas introducidas en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, resulta imprescindible atender al contexto normativo y político-criminal en el que se inserta. En particular, deben destacarse dos rasgos característicos de la denominada Ley del «solo sí es sí»: de un lado, su ámbito de aplicación limitado, al configurarse como una ley de género (11) centrada exclusivamente en la violencia sexual; y, de otro, la utilización de la técnica legislativa propia de las leyes integrales.

Así es, nos encontramos ante una norma de género, al igual que en su momento lo fue la LO 1/2004, de 28 de diciembre (12). Esta naturaleza puede deducirse de su artículo 3. 2.º, que indica que: «es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española».

---

(10) Colas Turégano, M.º A., «Punitivismo y justicia de menores: La reforma de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) por la Ley del "solo sí es sí" (LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual)», Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, núm. 25, 2023, p. 20. Esta autora destaca el endurecimiento de la respuesta punitiva que introduce la LO 10/2022 frente las agresiones sexuales. En particular, la reforma supone un mayor intervencionismo por parte del Estado exigiendo medidas y penas más duras y limitando la aplicación de mecanismos restaurativos.

(11) Un sector de la doctrina critica esta ley integral e, incluso, se defiende su posible inconstitucionalidad porque su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a las mujeres y a los menores. Entre otros, Alvarez Garcia, J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología 25-r3, 2023, p. 18; Serrano Gómez, A., «Inconstitucionalidad de la Ley del «solo sí es sí» LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Diario La Ley, núm. 10337, 2023.

(12) Destacando la importancia de esta nueva Ley, como en su día fue la LO 1/2004, de 28 de diciembre *vid*. Morillas Fernández, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales». Cuadernos de política criminal, núm. 138, 2022, p. 14.

No obstante, la denominación asignada a la Ley dificulta su identificación inmediata como norma de género. Esta cuestión fue ya advertida en los distintos informes emitidos durante la tramitación del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. En este sentido, el Informe del Consejo Fiscal señaló que «no resulta correcto el nombre de la Ley, al entender que puede llevar a equívocos» (13), dado que el derecho a la libertad se predica de todos los individuos, mientras que el Anteproyecto articulaba un conjunto de medidas orientadas a la protección integral frente a las violencias sexuales sufridas por mujeres, niñas y niños. A su vez, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto (14) puso de relieve la insuficiencia del título proyectado y la redacción del artículo 1. 1.º Por una parte, indicó que ambos debían reflejar con claridad que el objeto de la norma era la protección integral frente a las violencias sexuales. Por otra, consideró inadecuado omitir en el título el enfoque de género que, pese a incluir también a los niños entre los posibles beneficiarios de la norma, constituía el eje inspirador de su redacción.

En la actualidad, no se discute que la violencia sexual constituye una de las manifestaciones más graves de la violencia de género (15), tanto por el desproporcionado número de víctimas mujeres como por las razones estructurales que explican este fenómeno (16). Las

---

(13) Cfr. Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual (7 de julio de 2021), p. 16, 2022.

https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_24/pdfs/6.pdf.

(14) Cfr. Dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (10 de junio de 2 021). Referencia 393/2021, p. 12. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-393.

(15) Ampliamente sobre ello, por ejemplo, en el «Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual» del Consejo General del Poder Judicial, https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Estudio-sobre-sentencias-del-Tribunal-Supremo-dictadas-en-2020-por-delitos-contra-la-libertad-sexual.

Este Estudio revela que, en los delitos cometidos contra adultos, las víctimas eran mujeres en el 97,7 % de los casos. Además, aporta un dato alarmante: en el 26,7 % de los supuestos, la violencia sexual sobre las mujeres adultas fue grupal. Con la participación de dos o más agresores. Con respecto a los menores, el 68,4 % eran niñas y el 31,6 % niños.

(16) *Vid*. Acale Sánchez, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. Reus, Madrid, 2019, pp. 32 y ss.; Igareda González, N., «Las controversias sobre la Ley del "Sí es sí" sobre violencia sexual». *Revista Política Criminal*, Vol. 18, núm. 36, 2023.

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992023000200564&lng=en&nrm=iso&tlng=en#aff1.

violencias sexuales no pueden entenderse como comportamientos aislados atribuibles a hombres con trastornos mentales o problemas de adicción, sino que responden a una forma de violencia estructural propia de sociedades patriarcales. Se trata de una violencia que atraviesa culturas, niveles educativos y clases sociales, que ha estado históricamente presente y cuyo objetivo último es someter a las mujeres, controlar su libertad y autonomía y perpetuar su consideración como objeto de dominación sexual (17). En este sentido, la violencia sexual comparte el mismo sustrato de relaciones de poder y dominio del hombre sobre la mujer que caracteriza al resto de manifestaciones de la violencia de género, ya sea física, psicológica, económica, laboral o institucional.

El reconocimiento de la violencia sexual como una tipología específica de violencia de género exige del Estado una actuación positiva. No resulta suficiente una respuesta meramente punitiva (18), limitada a la sanción penal de estas conductas (19). En su condición de garante de los derechos fundamentales (20), el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva, lo que implica adoptar medidas dirigidas a modificar las estructuras sociales que reproducen, toleran y perpetúan la violencia sexual como una de las expresiones más extremas de discriminación y desigualdad (21).

---

(17) Cfr. Igareda González, N., *op. cit.*, p. 1.

(18) Una posición crítica al considerar que el Derecho penal no es una herramienta adecuada para establecer mecanismos que permitan corregir las desigualdades fácticas que padecen algunos colectivos se manifiesta Laurenzo Copello, P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, p. 16.

(19) Con un planteamiento crítico *Vid*. Maqueda Abreu, M. L., ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? *InDret*, núm. 4, p. 27, 2007, p. 8. Esta autora ha denunciado que el Estado adopta decisiones desconociendo la voluntad de la víctima y también cuestiona la tendencia a reforzar la intervención penal y el deber de denunciar por parte de las mujeres: «se debe romper con el signo represivo de la ley integral que, por ejemplo, prohíbe siempre la mediación o condiciona sus recursos asistenciales a la denuncia penal, así como con las campañas institucionales que refuerzan esta orientación, pues únicamente se ofrecen soluciones frente al maltrato que pasan por el proceso penal».

(20) Sobre las medidas de expansión del Derecho penal, incorporando figuras que afectan en exclusiva a las mujeres *vid*. Maqueda Abreu, M. L., «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015». Cuadernos de política criminal, núm. 118, 2016, pp. 5-42. Similar crítica *vid*. Laurenzo Copello, P., «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?». Estudios penales y criminológicos, pp. 783-830. Esta autora llega a la conclusión de que estas figuras son innecesarias en nuestra sociedad porque ya está concienciada acerca de la violencia que sufren las mujeres.

(21) Cfr. Igareda González, N., *op. cit.*, p. 2.

Por ello, la respuesta frente a la violencia sexual debe ser integral y multidimensional, articulando no solo instrumentos penales, sino también políticas públicas de prevención, sensibilización y educación en materia de libertad sexual. En definitiva, se requiere un ordenamiento jurídico que proporcione respuestas adecuadas, con un enfoque integral y personalizado, orientado tanto a la protección como a la reparación efectiva de las víctimas.

Para alcanzar este objetivo, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, recurre a la técnica de la ley integral, con una estructura semejante a la adoptada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Precisamente, la finalidad de la nueva norma consiste en extender al ámbito de la violencia sexual el modelo integral instaurado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Esta intención se desprende expresamente del Preámbulo de la ley del «sí es solo si», en el que se afirma que «esta Ley Orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias sexuales» (22). En consecuencia, esta Ley de garantía de la libertad sexual aspira a proporcionar un tratamiento completo que garantice la unidad y coherencia de actuación de todos los operadores implicados y que asegure, tal como proclama su propio título, la protección plena de la libertad sexual.

Como toda ley integral, la norma adopta un enfoque holístico, regulando de manera transversal los distintos ámbitos implicados –preventivo, sanitario, educativo, procesal, social y asistencial–, lo que ha exigido la modificación de múltiples disposiciones pertenecientes a sectores diversos del ordenamiento jurídico, penal, procesal, laboral, administrativo y civil, entre otros. En este contexto, la Ley ha reformado dieciséis normas (23) y, entre ellas, de manera particular-

(22) Preámbulo, II de la LO.

(23) Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; Disposición final segunda. Modificación de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación; Disposición final tercera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Disposición final cuarta. Modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Disposición final quinta. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; Disposición final sexta. Modificación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Disposición final séptima. Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los meno-

mente relevante, la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

III. LA INCIDENCIA DE LA LO 10/2022 DE 6 DE SEPTIEMBRE, EN LA LO 5/2000, DE 12 DE ENERO

La LO 5/2000, de 12 de enero, ha sido objeto de nueve reformas (24) desde su aprobación. La penúltima de ellas fue introducida por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, con la finalidad de establecer un régimen específico para los menores en materia de violencia sexual. Conviene recordar que, tal y como advirtió Álvarez García (25), dicha modificación fue aprobada mediante una ley ordinaria, pese a incidir directamente en el apartado 2 del artículo 10 LORPM, ampliando los supuestos en los que es obligatoria la imposición de una medida privativa de libertad (26). Esta intervención normativa

---

res; Disposición final octava. Modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; Disposición final novena. Modificación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Disposición final décima. Modificación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Disposición final undécima. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo; Disposición final duodécima. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito; Disposición final decimotercera. Modificación de la LO 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar; Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; Disposición final decimoquinta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; Disposición final decimosexta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

(24) Esta norma ha sido reformada por: las LLOO 7 y 9/2000, de 22 de diciembre; la LO 9/2002, de 10 de diciembre; la LO 15/2003, de 25 de noviembre; la LO 8/2006, de 4 de diciembre; la LO 8/2012, de 27 de diciembre, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y la LO 4/2023, de 27 de abril. Críticamente por las continuas reformas Díaz-Maroto y Villarejo, J., «La Ley sobre responsabilidad penal de los menores en España», Nuevo Foro Penal, 101, 2023, p. 19. Este autor mantiene que «en la línea del resto de las reformas que ya ha sufrido la ley, que se han encaminado a ampliar los supuestos en los que se puede aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado, a ampliar el período de duración de esta y otras medidas y a restringir el ámbito de discrecionalidad que tiene el juez de menores a la hora de modificar, suspender o sustituir las medidas. Todo ello olvidando que la Ley apuesta por un modelo de derecho penal juvenil no vindicativo, ni sólo retributivo», p. 22.

(25) Álvarez García, F. J., *op. cit.,* pp. 13 y 14.

(26) Insistiendo en ello Colás Turégano, M.ª A., *op. cit.*, p. 10.

habría requerido, por tanto, una disposición con rango de ley orgánica. Esta irregularidad, junto con otros problemas de coherencia normativa, tuvieron posteriormente que subsanarse mediante la LO 4/2023, de 27 de abril.

La disposición final séptima de la LOGILS es la que ha introducido cambios en la LORPM, afectando a cuatro preceptos. En primer lugar, añadió un apartado 5 al artículo 7, incorporando una «nueva» medida educativa que, en realidad, reproduce sustancialmente el contenido de una de las reglas de conducta previstas en la medida de libertad vigilada. En segundo lugar, modificó el apartado 2 del artículo 10 LORPM, ampliando los supuestos en los que procede la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado para los delitos comprendidos entre los artículos 178 y 183 del Código Penal. Asimismo, el precepto previó la aplicación de la medida educativa contemplada en el artículo 7. 5.º LORPM, aunque su referencia era técnicamente innecesaria al tener carácter preceptivo por disposición legal, de modo que, su mención expresa en el artículo 10. 2.º, introdujo una reiteración normativa carente de efectos jurídicos adicionales. Las modificaciones introducidas en el artículo 10 LORPM evidenciaron pronto diversas incongruencias sistemáticas con el resto del articulado, lo que motivó una posterior modificación mediante la LO 4/2023, de 27 de abril, reformando la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la propia LO 5/2000. En tercer lugar, afectó al apartado 1 del artículo 13, restringiendo el principio de oportunidad ante la comisión de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal. Finalmente, reformó el apartado 2 del artículo 19, limitando el acceso a los mecanismos de justicia restaurativa.

Procede, a continuación, analizar de manera detallada el alcance y las implicaciones de estas modificaciones.

1. La reforma del artículo 7 LORPM: una nueva medida educativa o una mera redundancia normativa

La LORPM es una norma «formalmente» penal, pero «materialmente» sancionadora y educativa (27). Por este motivo, su artículo 7 regula medidas de ambos tipos, educativas y sancionadoras, y establece las reglas para su elección. Es importante recordar que estas medidas tienen como finalidad la efectiva rehabilitación del menor, y

(27) Cfr. Exposición de Motivos, II, pp. 6 y 7, referido al artículo 7.3 de la LO 5/2000, de 12 de enero.

no la prevención general de delitos ni la consecución de justicia mediante la imposición de un castigo (28). Para seleccionar la medida aplicable, el juez «deberá atender, de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor» (art. 7. 3.º LORPM), pudiendo elegir «una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos».

Uno de los cambios introducidos LOGILS afecta precisamente al artículo 7 LORPM. En concreto, se añadió un nuevo apartado 5, con la siguiente redacción: «5. Cuando la medida impuesta lo sea por la comisión de un delito de los previstos en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, el juez impondrá de forma accesoria, en todo caso, la obligación de someterse a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad». Esta nueva medida es de naturaleza educativa y presenta dos características destacables: en primer lugar, su aplicación es obligatoria; en segundo lugar, tiene carácter accesorio. En consecuencia, cuando un menor comete un delito tipificado en los Capítulos I y II del Título VIII –arts. 178 a 183 del Código Penal– debería imponerse dos medidas: la medida principal y esta nueva medida accesoria.

Por primera vez, la LORPM contempla en el artículo 7 expresamente una medida accesoria (29). No obstante, como advierte la doctrina (30), algunas de las medidas ya previstas en el artículo 7 LORPM cumplen funciones similares. Este es el caso, por ejemplo, de la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, de la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o de la privación de licencias administrativas para caza o para el uso de cualquier tipo de armas. Sin embargo, como aclara la Circular sobre criterios interpretativos, tras la reforma de la legislación penal de menores

(28) Suárez Collía, D., «La función rehabilitadora del menor delincuente». *Revista de Derecho UNED*, núm. 20, 2017, p. 622.

(29) Excepcionalmente, el artículo 10. 3.º LORPM impone obligatoriamente aplicar en los delitos de terrorismo otra medida principal: la inhabilitación absoluta. El precepto establece que «En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor».

(30) Díaz-Maroto y Villarejo, J., *op. cit.*, p. 20. Este autor aclara que hay otras medidas que no son accesorias, pero que tienen esa función, son medidas complementarias de aquellas con orientación educativa.

de 2006 (31), que introdujo estas medidas (32), «en el proceso penal de menores no se configuran como penas accesorias a otra principal *(rectius*, a un determinado grupo de delitos), sino que antológicamente mantienen tal carácter. Por ello, como pauta general, al menos cuando se impute al menor un delito, en las ocasiones en que se considere conveniente solicitar un alejamiento, deberá interesarse siempre desde el respeto al principio de proporcionalidad otra medida con contenido educativo» (33). La nueva medida accesoria introducida por la Ley del «solo sí es sí» difiere de las anteriores, en que, pese a ser accesoria, su contenido es educativo, por lo que, en principio podría imponerse de manera aislada, aunque en virtud de su verdadero carácter de medida accesoria, entendemos que deberá imponerse junto a otra medida de las previstas en el artículo 7 LORPM.

Lo cierto es que el contenido de esta medida ya se encuentra previsto en la LORPM, lo que podría llevar a considerarla superflua. Así es, no se trata de una medida novedosa, como manifiesta Castellanos Romero, «puesto que ya venía recogida y se aplicaba mediante la imposición al menor de tareas socioeducativas en función de la naturaleza del hecho delictivo, la edad del menor, las circunstancias familiares y personales del mismo, así como las circunstancias de cada caso concreto» (34). En concreto, dicha previsión ya aparece regulada como una de las reglas de conducta asociadas a la medida de libertad vigilada en el artículo 7.1.h). 2.ª LORPM, que establece la «obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares». Por consiguiente, el legislador ha reproducido sustancialmente el mismo contenido en la nueva medida educativa accesoria prevista en el artículo 7. 5.º LORPM. De ahí que se pueda afirmar que, en la actualidad, existen dos vías para someter al menor a programas de formación en educación sexual e igualdad: de un lado, como regla de conducta vinculada a la medida de libertad vigilada, de carácter facultativo; y, de otro, como medida educativa accesoria, de carácter obligatorio, para los supuestos en que el menor cometa alguno de los delitos contemplados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal.

---

(31) Cfr. Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, p. 9.

(32) LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

(33) Cfr. Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, p. 9.

(34) Cfr. Castellanos Romero, M.ª C., «La problemática de la aplicación de la ley del "sólo sí es sí" en el ámbito de la responsabilidad penal de menores», en *Anuario de justicia de menores*, núm. 23, 2023, p. 255.

Ambas previsiones presentan un contenido idéntico y están diseñadas para aplicarse a los mismos supuestos, esto es, cuando el menor comete delitos contra la libertad sexual. No obstante, mientras que el juez debe motivar la imposición de la regla de conducta en el marco de la libertad vigilada conforme al artículo 7. 3.º LORPM, la medida accesoria del artículo 7. 5.º LORPM se impone de manera automática. Da la impresión, como señala Colás Turégano (35), que el legislador albergara ciertas reservas respecto de la correcta actuación de las instituciones encargadas de la justicia de menores cuando se trata de enjuiciar delitos contra la libertad sexual, mientras que, en cambio, parecería confiar en su actuación en relación con el resto de los delitos.

En principio, dado que se trata de medidas de distinta naturaleza (la libertad vigilada como medida principal y la nueva medida educativa como medida accesoria), podría defenderse su compatibilidad. Así lo indica el artículo 7. 4.º LORPM, que permite la imposición conjunta de varias medidas, siempre que no sean de la misma clase, «entendiendo por tal cada una de las enumeradas en el apartado primero del propio precepto». Desde esta perspectiva, la nueva medida accesoria no encontraría obstáculo formal para coexistir con la libertad vigilada, puesto que no figura entre las medidas reguladas en el artículo 7. 1.º LORPM. Sin embargo, una interpretación exclusivamente formal, a mi juicio, es insuficiente, ya que también habrá que examinar su contenido y, en este caso, ambas comparten el contenido material cuando la libertad vigilada aplica la regla de conducta de someter al menor a programas formativos de educación sexual y de igualdad. En estos supuestos, la imposición simultánea de ambas medidas conduciría, en la práctica, a una innecesaria duplicidad de intervención educativa porque el menor tendría que someterse a dos programas formativos con la misma finalidad. Dicho de otro modo, la introducción de la nueva medida accesoria cuestiona el que pueda imponerse adicionalmente, con carácter facultativo, la regla de conducta de la libertad vigilada cuyo contenido ya ha sido establecido de forma preceptiva por el legislador.

En mi opinión debe rechazarse la posibilidad de someter al menor a dos programas de educación sexual o de igualdad, ya que resultaría incoherente con los principios de necesidad, de proporcionalidad y de individualización que informan el sistema de aplicación de las medidas de la LORPM. No obstante, apenas existe margen para seleccionar cuál de esas dos medidas se debe aplicar, pues la consecuencia práctica de esta reforma es que la nueva medida accesoria incide

(35) Colás Turégano, M. A., *op. cit.*, p. 22.

directamente en la funcionalidad de la regla de conducta prevista en el marco de la libertad vigilada porque en la práctica ha «vaciado» su ámbito de aplicación. Así es, en la actualidad, la función educativa que desempeñaba la regla de conducta de la libertad vigilada ha sido absorbida por la medida accesoria, por lo que su espacio material ha quedado desplazado.

Esta falta de coordinación entre la nueva medida accesoria y el resto del articulado se pone especialmente de manifiesto cuando el menor comete alguno de los delitos sexuales graves previstos en los artículos 178. 2.º y 3.º, 179, 180 y 181. 2.º, 4.º, 5.º y 6.º CP. En tales supuestos, el juez debe aplicar necesariamente lo dispuesto en el artículo 10. 2.º LORPM, precepto que impone la adopción de una medida de internamiento en régimen cerrado, complementada, en su caso, con otra de libertad vigilada (36). En consecuencia, al menor se le impondrá, por un lado, la medida de internamiento en régimen cerrado y, además, la medida accesoria prevista en el artículo 7.5 LORPM, por lo que deberá someterse a un programa formativo de educación sexual. Posteriormente, al iniciarse la ejecución de la medida de libertad vigilada, lo habitual será que se acuerde, por resultar la regla de conducta más adecuada para los delitos contra la libertad sexual, la participación en un programa formativo de educación sexual conforme al artículo 7.1.h) 2.ª LORPM. Sin embargo, si el menor ya ha recibido dicha formación durante la ejecución del internamiento en régimen cerrado, carecerá de justificación imponer nuevamente un programa con idéntico contenido durante la libertad vigilada. Ello daría lugar a una reiteración innecesaria de la intervención educativa, difícilmente conciliable con los principios de proporcionalidad y de individualización de las medidas que inspiran el sistema de justicia juvenil.

La imposición obligatoria de esta medida accesoria genera, por tanto, un evidente solapamiento con la regla de conducta ya prevista

(36) El legislador establece en el artículo 10. 2.º LORPM, distinta duración de las medidas en función de la edad:

«a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta ley orgánica, cuando haya trascurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta».

en la medida de libertad vigilada. Ello se debe a que la configuración de una sanción de aplicación automática resulta difícilmente compatible con los principios que inspiran el sistema de justicia juvenil, caracterizado por la flexibilidad en la individualización de la respuesta, la primacía del interés superior del menor y el respeto a los principios de intervención mínima y proporcionalidad. En efecto, la nueva medida accesoria se impone con independencia de las circunstancias personales del menor, de su grado de madurez, de su proceso evolutivo o incluso de la concreta gravedad del hecho cometido. A ello se añade que, como se expondrá más adelante, las consecuencias derivadas de su incumplimiento presentan una especial severidad, ya que impiden la posibilidad de dejar sin efecto la medida principal conforme al artículo 13 de la LORPM y restringen el acceso a los mecanismos de justicia restaurativa previstos en el artículo 19 de la misma norma.

Por todo ello, puede concluirse que la incorporación de esta nueva medida accesoria no resulta necesaria. Desde una perspectiva de coherencia sistemática y de respeto a los principios rectores del derecho penal juvenil, se propone, de *lege ferenda*, su supresión. Esta propuesta no implica cuestionar el contenido educativo de la intervención, sino que se fundamenta en la redundancia de una medida que ya existente, en su aplicación automática y en las consecuencias particularmente gravosas asociadas a su incumplimiento. Por tanto, la finalidad educativa, cuando el interés superior del menor aconseje que debe someterse a un programa de educación sexual e igualdad, se debería aplicar sólo la regla de conducta asociadas a la medida de libertad vigilada.

Esta posibilidad, aplicar la regla de conducta de la libertad vigilada, resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta que es la medida más utilizada en el sistema de justicia juvenil español. Según los datos más recientes, en 2024 (37) se ejecutaron 26.926 medidas, de las cuales el 51 % correspondieron a libertad vigilada, frente al 10 % de internamientos, el 15 % de tareas socioeducativas, el 8 % de prestaciones en beneficio de la comunidad y el 16 % restante a otras medidas. La amplia utilización de la libertad vigilada se explica, en gran medida, por su elevado grado de flexibilidad. Su contenido puede adaptarse tanto a las circunstancias personales del menor como a su evolución durante la ejecución de la medida, favoreciendo una respuesta individualizada que atiende prioritariamente a las necesidades educativas y de reinserción. Además, permite que el menor perma-

(37) Boletín de datos estadísticos de medidas impuestas a personas menores de edad en conflicto con la Ley Boletín número 24. Datos 2024. Edita Ministerio de Juventud e Infancia, p. 17.

nezca en su entorno habitual, aunque sometido a la supervisión y seguimiento del educador, que deberá controlar que se cumplen las reglas o tareas impuestas por el Juez, que han sido propuestas por el equipo técnico a la vista del informe psicosocial (38).

Con carácter general, la LORPM (art. 7. 1.ºh) otorga al Juez de Menores un amplio margen de decisión para determinar el contenido concreto de la medida de libertad vigilada. Así, el juez puede imponer una o varias de las obligaciones o reglas de conducta previstas legalmente o también decidir que no se imponga ninguna. No obstante, una vez acordada su imposición, su cumplimiento es obligatorio para el menor. Precisamente, su carácter coercitivo (39) es una de las principales dificultades que presenta el someter al menor a un programa educativo, en este caso de formación en sexualidad e igualdad. Así es, al tratarse de una intervención impuesta judicialmente, la participación del menor no es voluntaria, requisito de especial relevancia para el éxito de cualquier proceso educativo o terapéutico. La falta de motivación inicial y la posible resistencia del menor al tratamiento pueden reducir significativamente la eficacia de la intervención (40).

En mi opinión, como ya he expuesto previamente, no debería imponerse un programa de formación en sexualidad e igualdad de manera automática a todos los menores infractores que cometan delitos contra la libertad sexual, pues «en la mayoría de los casos, los menores se ven implicados en conductas típicas de manera esporádica. En consecuencia, la necesidad de cambios profundos de actitud o de procesos de reeducación intensiva no concurre en todos los supuestos ni con la misma intensidad. De no asumirse esta premisa, se corre el riesgo de sobredimensionar el problema y de generar una intervención desproporcionada por el mero hecho de la comisión del delito» (41). Las intervenciones educativas pueden ser positivas, pero no en todos los casos son útiles. Esta idea encuentra respaldo en los

(38) Bernuz Benitez, Fernandez Molina, E., y Pérez Jimenez, F. «La libertad vigilada como medida individualizadora en la justicia de menores». *Revista Española de Investigación Criminológica*, articulo 6, núm. 3. 2009, p. 7.

(39) Así es, el carácter coercitivo del programa es una de las principales dificultades que encuentra el Profesional. En este sentido, González Arévalo, A. «Dificultades y retos en el trabajo Psicoterapéutico con menores infractores» *derecho y cambio social*, núm. 54, 2018, p. 7. www.derechoycambiosocial.com. También detecta este problema Camara Arroyo, S. La libertad vigilada: de la ley penal del menor al ordenamiento penal de adultos. *RJUAM,* núm. 25, 2012-I, p. 88.

(40) González Arévalo (2018), p. 10.

(41) Cfr. Francés Lecumberri, P. «El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad del menor», *InDret* 4.2012, pp. 12 y 13.

resultados obtenidos en un estudio sobre la efectividad de un programa de intervención destinado a la reducción del sexismo hostil en adolescentes varones infractores (42). La investigación puso de manifiesto que la disminución significativa de las actitudes sexistas se producía únicamente entre aquellos participantes que presentaban niveles elevados de sexismo antes de iniciar la intervención. Por el contrario, los adolescentes que partían de niveles bajos de sexismo experimentaron un ligero incremento de las actitudes sexistas hostiles tras su participación en el programa. Estos hallazgos confirman la necesidad de adecuar la intervención a las características y necesidades específicas de cada participante. En particular, los resultados sugieren que la eficacia de estos programas depende en gran medida del nivel de riesgo o de las actitudes previas del menor, de modo que una aplicación indiscriminada puede no solo resultar innecesaria en determinados casos, sino incluso generar efectos contraproducentes.

Aunque en la mayoría de los casos los programas de intervención en materia de sexualidad, igualdad y prevención de la violencia pueden constituir instrumentos eficaces para promover cambios en actitudes y conductas (43), su aplicación debería responder a criterios de

(42) *Vid*. Roncero, D.; Fernandez Moreno, A., y Benedicto, C., «Efectividad de un programa de intervención para la reducción del sexismo hostil y benévolo en adolescentes infractores varones». Revista Interuniversitaria, ISSN-E 1989-9742, núm. 46, (monográfico), 2025, pp. 189-207. Este trabajo evaluó la efectividad del «Programa de intervención para promover las relaciones igualitarias», dirigido a reducir las actitudes sexistas en adolescentes infractores varones. Se llevó a cabo un estudio preexperimental en el que participaron 104 adolescentes varones con edades entre 14 y 21 años (M = 17.35; ± 0.16), que cumplían una medida judicial de internamiento. Se recogieron datos sobre las actitudes sexistas antes y después de participar en el programa de intervención, utilizando la Escala de Detección de Sexismo en Adolescentes (DSA). Los resultados mostraron la utilidad de implementar programas dirigidos a reducir las actitudes sexistas en adolescentes infractores con elevados niveles de sexismo antes de iniciar el tratamiento, por lo que es necesario ajustar las intervenciones al nivel de riesgo presentado para maximizar su efectividad.

(43) *Vid*. Lúcar Vidal, F., y Quintana Peña, A., « Eficacia de un programa cognitivo-conductual para hombres maltratadores en la relación de pareja» Revista de investigación en psicología, Vol. 24, núm., 2021, pp. 137-157. La investigación tuvo como objetivo comprobar la eficacia de un programa de tratamiento cognitivo conductual con enfoque de género en hombres agresores en la relación de pareja. La muestra estuvo conformada por 48 hombres denunciados por violencia contra su pareja y que fueron obligados a someterse a un tratamiento psicológico por orden judicial. La mayoría de los cuales eran adultos, sin antecedentes de psicopatología grave, laboralmente activos, con antecedentes de violencia en su familia de origen y sin problemas de consumo de alcohol. La mitad de ellos solo tenían educación primaria y secundaria. Evaluados antes y después del tratamiento con la Escala de Tácticas de Conflictos (CTS-2), el Inventario de Pensamientos Distorsionados hacia la Mujer y la Violencia (IPMV) y la Escala de Atribución de Responsabilidad y Minimización

individualización y necesidad educativa, y no derivarse de una imposición automática vinculada exclusivamente a la naturaleza del delito cometido. En definitiva, no se cuestiona la utilidad ni la legitimidad de las intervenciones educativas orientadas a la formación en sexualidad e igualdad, sino la imposición obligatoria y automática de la nueva medida accesoria del artículo 7. 5.º LORPM, ya que se aplica con independencia de las circunstancias personales del menor, de sus necesidades educativas concretas, de su nivel de riesgo o de la existencia real de factores criminógenos relacionados con la desigualdad o el sexismo, máxime cuando ya existe una regla de conducta con el mismo contenido en la libertad vigilada, que debe aplicarse conforme a lo establecido en el artículo 7. 3.º LORPM (44).

Lo ideal sería una intervención educativa en materia de sexualidad e igualdad de prevención primaria (45), es decir, dirigida a toda la población y, especialmente, a los menores en el ámbito escolar, antes de que se produzca cualquier conflicto. La educación en sexualidad e igualdad en todas las etapas educativas constituye una herramienta esencial para promover la igualdad y prevenir la violencia de género, ya que incide en las actitudes y en los valores culturales profundamente arraigados en la sociedad, como aquellos que legitiman el uso de la violencia para controlar y dominar a la mujer. Al mismo tiempo, dota a los menores de habilidades adecuadas para la gestión pacífica de los conflictos (46).

En último término, no puede perderse de vista que la medida de libertad vigilada debe centrarse en su finalidad jurídico-penal y educativa, estrechamente vinculada a la infracción cometida, por lo que hay que evitar que se convierta en un instrumento destinado a corre-

---

(IRM) se llegó a esta conclusión: El programa de tratamiento a los delincuentes sexuales ha sido eficaz. Los resultados que se observan es que disminuyen de manera significativa la frecuencia de conducta violenta, las atribuciones de responsabilidad y las distorsiones cognitivas referentes tanto a la mujer como al uso de la violencia.

(44) Artículo 7. 3.º LORPM. «Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor».

(45) Castellanos Romero, M.ª C., (2023), *op. cit.*, p. 264.

(46) En este sentido *vid*. Orte Socias, C., «Educación familiar y prevención de la violencia de género». Revista de intervención socioeducativa, núm., 36. p. 83, 2007.

gir cualquier carencia personal, familiar o social del menor, de lo contrario se estará criminalizando las carencias y los déficits educativos del menor (47). En efecto, las deficiencias existentes en la formación del menor, en materia de sexualidad e igualdad, no pueden corregirse mediante el recurso al Derecho penal (48). Las medidas de carácter educativo previstas en el sistema de justicia juvenil deben orientarse a la socialización y reinserción de los menores infractores, en coherencia con los fines propios de este ámbito normativo, pero no están llamadas a suplir las carencias estructurales del sistema educativo. La corrección de estos déficits corresponde al Estado mediante las políticas públicas. En este sentido, como afirma Cano Paños, «la educación no es ni puede ser el fin de las sanciones penales para los menores infractores, sino tan sólo un medio para conseguir el fin de prevenir la reincidencia. La LORPM no es, por tanto, un elemento del sistema educativo, sino más bien una parte integrante del sistema punitivo del Estado caracterizado, eso sí, por su orientación educativa para cumplir los fines de prevención especial que le son propios debido a las características de sus destinatarios» (49). Además, no puede ignorarse que esta insuficiencia educacional ha sido solventada por la propia Ley del «solo sí es sí», que impulsa la incorporación en el currículo educativo conteni-

(47) Sobre la utilización de esta medida educativa *vid*. Ruiz Reyes, M. C., Libertad vigilada y responsabilidad penal del menor. J. M. Bosch, Barcelona, 2023, pp. 170 y ss. Destaca las ventajas de esta medida porque permite realizar un seguimiento del menor, con una intervención sociopedagógica individualizada y de supervisión de sus actividades. Sin embargo, también detecta aspectos negativos porque la imposición de reglas de conducta u obligaciones puede conducir a que muchas de ellas se incumplan cuando el menor tiene desestructuración. Así, es, según la autora, existe el riesgo de imponer un número excesivo de pautas de conducta con la finalidad de corregir las carencias que padece el menor. Esa sobrecarga de pautas socioeducativas y obligaciones puede provocar incumplimientos, especialmente en aquellos menores que tienen graves problemas de desestructuración personal.

(48) La deficiencia en formación educativa queda patente en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2025. file:///C:/Users/User/Downloads/Memoria2025-menores.pdfp, p. 811. la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2025 hace referencia a la necesidad de educación, ya que muchos menores infractores presentan carencias formativas en el ámbito ético-sexual. Resulta especialmente preocupante que la pornografía se haya convertido en una fuente de referencia para la adolescencia: «el 54,1 % de adolescentes cree que la pornografía proporciona ideas para sus propias experiencias sexuales (en mayor medida ellos) y al 54,9 % le gustaría poner en práctica lo que han visto. De hecho, el 47,4 % de adolescentes que ven pornografía más a menudo ha llevado alguna escena a la práctica, más los chicos. Son ellos los que consumen más pornografía y los que la imitan más. Por ello un peligro muy importante es que internet se convierta en docente y consultorio sobre sexualidad para la infancia y la juventud».

(49) Cfr. Cano Paños, M. A., *op. cit.*, p. 11.

dos relativos a la educación sexual y en igualdad (50). A la vez que prevé formación específica para los operadores jurídicos y otros profesionales implicados en la prevención, detección y tratamiento de la violencia sexual (51).

2. La reforma del artículo 10 LORPM: ampliación del internamiento en régimen cerrado en los delitos contra la libertad sexual

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, también modifica el apartado 2 del artículo 10 LORPM, precepto que regula las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas. Dicho artículo establece la obligatoriedad de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado, complementada con otra de libertad vigilada con asistencia educativa, para determinados delitos de especial gravedad. Entre ellos se encontraban, antes de la reforma que está siendo objeto de análisis, los delitos tipificados en los artículos 179 y 180 CP. Asimismo, el precepto diferencia dos tramos de duración de las medidas en función de la edad del menor en el momento de la comisión del hecho, de catorce a quince años, y de dieciséis a diecisiete.

---

(50) La LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual establece en su artículo 7, que el sistema educativo español incluya, dentro de sus principios de calidad, la integración de contenidos basados en la coeducación y en la pedagogía feminista sobre educación sexual e igualdad de género y educación afectivo-sexual para el alumnado, apropiados en función de la edad, en todos los niveles educativos y con las adaptaciones y apoyos necesarios para el alumnado con necesidades educativas específicas, respetando en todo caso las competencias en materia de educación de las comunidades autónomas y en colaboración con el ámbito sanitario.

Los currículos de todas las etapas educativas no universitarias incluirán contenidos formativos sobre el uso adecuado y crítico de internet y las nuevas tecnologías, destinados a la sensibilización y prevención de las violencias sexuales, la protección de la privacidad y los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación promoviendo una educación en la ciudadanía digital mediante la consecución de competencias digitales adaptadas a nivel correspondiente del tramo de edad.

(51) El Título III, con la rúbrica «formación» de la LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual, dedica 10 artículos a impulsar la formación de todos los profesionales implicados, especialmente, los del ámbito docente y educativo (art. 24); del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales (art. 25); de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 26); los de las Carreras Judicial y Fiscal y de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 27); de los abogados (art. 28); de los forenses (art. 29); de los profesionales de los centros penitenciarios y otros centros de internamiento o custodia (art. 30) y del personal en el exterior (art. 31).

2.1. Alcance de la reforma del artículo 10.2 LORPM

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha modificado sustancialmente la configuración de los delitos contra la libertad sexual. El cambio más relevante en el Código Penal, según se indica en el Preámbulo, ha consistido en «eliminar la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona». Para ello, se creó una nueva figura delictiva en el artículo 178 CP, bajo la denominación de agresión sexual (52), que integra las conductas anteriormente diferenciadas como agresión y abuso sexual. En coherencia con esta reforma sustantiva, la Disposición Final Séptima modificó el primer párrafo del artículo 10.2 LORPM, no solo para adecuarlo a la nueva numeración de los preceptos reformados, sino también para ampliar el catálogo de delitos sexuales a los que se aplicaran obligatoriamente el internamiento en régimen cerrado. La nueva redacción dispone que, «cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 178 a 183 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes». Por otra parte, el apartado 2 del artículo 10 LORPM incorporó una nueva letra c), con el fin de obligar al juez a imponer también la medida prevista en el artículo 7. 5.º LORPM, consistente en someter al menor a programas de educación sexual y educación en

(52) Un amplio desarrollo de esta reforma y su contrarreforma del Título VIII del Código Penal por la Ley del «sí es solo si», entre otros, *vid*. Peramato Martín, T., «El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas». *Anales de la Catedra Francisco Suarez,* núm. extra 2, 2022; Marín de Espinosa Ceballos, Elena B., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-24, 2023; Pardo Miranda, M. «El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual». El Criminalista Digital. Papeles de Criminología, n. 11, II Época, 2023; Paredes Gallardo, C., y Domingo Roig, N., «Reflexiones sobre la entrada en vigor de la ley "sólo sí es sí": consecuencias prácticas, alarma social y contrarreforma». La Ley Penal, núm. 162, 2023; Álvarez García, F. J. (2023), op. cit. 5; Boldova Pasamar, M. A. «La simplificación del delito de agresión sexual y su torpe configuración legal». «Liber amicorum» en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*,* en Manuel Gómez Tomillo, Antonio María Javato Martín, Alejandro de Pablo Serrano, José Mateos Bustamante (coord.), Editor Universidad de Valladolid. 2024; Díaz y García Conlledo, M., y Trapero Barreales, M. A. «El delito de agresión sexual: análisis de la conducta típica de los artículos 178.1 y 4 y 181.1 y 3 del Código Penal» Revista Ius Criminale, núm., 2025.

igualdad, que como se ha expuesto en el apartado precedente, su regulación resulta innecesaria por su imposición obligatoria.

La reforma resultó desafortunada, pues vulneraba el principio de proporcionalidad al establecer, en determinados supuestos, respuestas más gravosas para los menores que las previstas para los adultos, con la consiguiente contradicción al artículo 8 LORPM. En concreto, la LOGILS extendió la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado a un mayor número de delitos, reduciéndose notablemente el margen de individualización judicial. Ello causaba, en algunos supuestos, respuestas más rígidas y severas que las previstas en el sistema penal de adultos. Así es, las conductas sexuales incluidas, desde el artículo 178 al artículo 183 CP (53), presentan distinta gravedad, abarcando tanto delitos graves (54) como menos graves (55), incluso se incorporaban supuestos a los que el Código Penal asignaba penas de multa (56). De modo que, a los menores, por la comisión de un mismo hecho delictivo, necesariamente se les debía aplicar una medida de internamiento en régimen cerrado, con la consiguiente privación de libertad, mientras que a los adultos se les podría aplicar una pena de multa (57). Todo ello entraba en contradicción con el artículo 9 LORPM (58), que regula las condiciones para la imposición de la

(53) En contra de la extensión del internamiento en régimen cerrado en las agresiones sexuales se manifiesta CARDENAL MONTRAVETA, S., *op. cit.,* p. 628. Señala que «no es satisfactorio que todas las agresiones sexuales se consideren delitos graves, con consecuencia de la previsión en el artículo 192.3.º CP de penas de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento» En sentido similar COLÁS TURÉGANO, M.ª A., *op. cit.*, p. 10. Con opinión completamente distinta, proponiendo que debieran incrementarse la duración de las medidas de internamiento en régimen cerrado ante hechos graves por estar demostrada la ineficacia e insuficiencia de las medidas aplicadas en ese régimen cerrado, o semiabierto se pronuncia MAGRO SERVET, V. «El debate sobre la responsabilidad penal de los menores: ¿Hay que introducir cambios urgentes en la regulación ante la gravedad de los delitos cometidos?», *Diario La Ley*, núm. 10689, 21 de marzo de 2025.

(54) Artículos 179; 180 y 181 CP.

(55) Artículos 178; 182 y 183 CP.

(56) Artículos 178, 3.º y 183 CP.

(57) Ampliamente sobre la aplicación del artículo 8 LORPM *vid*. CASTELLANOS ROMERO, M.ª C., (2023), *op. cit.*, p. 264.

(58) Para un detallado estudio de las incompatibilidades que la reforma del artículo 10 LORPM por la LO 10/2022 presenta con los principios de la LORPM, *vid*. COLÁS TURÉGANO, M. A., *op. cit.*, pp. 18 y ss. Esta autora, señala que «no solo es que la reforma desconoce principios fundamentales del derecho de menores como la flexibilidad o el superior interés del menor es que ignora el texto de la propia ley. Efectivamente, al imponer de forma obligatoria la medida de internamiento cerrado a todos los delitos ahora denominados de agresiones sexuales contra adultos o contra

medida de internamiento en régimen cerrado (59), ya que éste solo procede cuando los hechos sean calificados como delitos graves y en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación sobre las personas, o se haya generado un grave riesgo para su vida o integridad física; así como cuando el delito se cometa en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a tales actividades. La reforma introducida equiparaba los delitos sexuales, independientemente de su gravedad, con los delitos de homicidio, asesinato, terrorismo o cualquier otro castigado en el Código Penal con penas igual o superiores a 15 años de prisión (60).

La falta de coherencia sistemática obligó a una modificación normativa a los siete meses y veintidós días de la entrada en vigor de la reforma, lo que culminó con la aprobación de la LO 4/2023, de 27 de abril, por la que se modificaron la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la propia Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2.2. La contrarreforma del artículo 10. 2.º LORPM por la LO 4/2023

La entrada en vigor de la LOGILS tuvo una notable repercusión en la opinión pública. En particular, generó una intensa alarma social el efecto derivado de la aplicación del principio de retroactividad de la norma penal más favorable al reo (61). Según los datos recabados por

---

menores de dieciséis años, está desconociendo las propias reglas específicas de aplicación de las medidas».

(59) En sentido crítico con la reforma del artículo 10. 2.º LORPM por atentar a los artículos 8 y 9 LORPM *vid*. Castellanos Romero, M.ª C., (2023), *op. cit.*, pp. 255 y 262 y ss. Con carácter general, en desacuerdo con la interpretación y con la aplicación de la obligatoriedad del internamiento en régimen cerrado del artículo 10. 2.º b) LORPM *vid*. Cardenal Montraveta, S., «Delimitación y tratamiento de los delitos de extrema y máxima gravedad cometidos por menores (art. 10 LORPM)», *Revista General de Derecho Penal,* núm. 42, 2024, pp. 12 y ss. También criticando, pero porque las medidas de internamiento en régimen cerrado no tienen las mismas garantías que la pena de prisión de adultos en Cervelló Donderis, V., «Principios y garantías penales de la medida de internamiento juvenil». Revista General de Derecho Penal, núm. 42, 2024. La autora propone su revisión para adaptar su ejecución a los principios penales, como legalidad, proporcionalidad y reinserción social y, además, los principios propios del Derecho Penal de menores, en especial, el superior interés del menor, especialidad de la medida y flexibilidad.

(60) Castellanos Romero, M.ª C., (2023), *op. cit.*, p. 256.

(61) Analizando el problema de la retroactividad en la LO 10/2022 vid; Serrano Gómez, A. 2025. «Aplicación retroactiva de la ley orgánica 10/2022 (ley

el Consejo General del Poder Judicial (62), desde su entrada en vigor el 7 de octubre de 2022 hasta el 1 de noviembre de 2023, última fecha de actualización de las cifras, se produjeron 1.233 reducciones de pena y 126 excarcelaciones.

El origen de esta situación debe atribuirse a que algunos de los nuevos marcos penales mínimos previstos en los artículos 178, 179 y 180 CP, tras la reforma operada por la LO 10/2022, eran inferiores a los establecidos en la regulación anterior, así como al modo en que se interpretó y aplicó el principio de retroactividad favorable. Jueces y tribunales entendieron que la rebaja de los mínimos penales obligaba a revisar aquellos supuestos en los que se hubiera impuesto la pena mínima conforme a la normativa anterior, con independencia de la concreta descripción fáctica de cada caso (63).

A ello se añadió que el legislador, a diferencia de lo ocurrido en otras reformas penales, no incorporó en la Ley del «solo sí es sí» dis-

---

del sólo sí es sí). Pleno jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 6-7 junio 2023». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. núm. 33, 2025, pp. 405 y ss.; PÉREZ MACHÍO, A. «Las penas de los delitos sexuales y la revisión de las condenas firmes tras la Ley del "sólo el sí es sí": un debate jurídico-penalmente necesario tras la Sentencia 523/2023 del Tribunal Supremo», *Revista Penal*, núm. 57. 2026. Enfocando el problema desde una posición diferente se manifiesta VARONA GÓMEZ, que considera que «la LO 10/2022 no supone una ley penal posterior favorable y por tanto la cuestión es más sencilla que la polémica sobre las disposiciones transitorias: no ha lugar ninguna revisión de condena porque no estamos ante una ley penal posterior favorable. Por lo menos no en los supuestos en los que se está produciendo actualmente tal revisión de penas» Cfr. VARONA GÓMEZ, D. «Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. A propósito de la STS 128/2023, de 27-2-2023», en *InDret,* núm. 2, 2023.

(62) https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-233-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022#:~: text=Los%20tribunales%20han%20acordado%201.233, CGPJ%20%7C%20Poder%20Judicial%20%7C%20En%20Portada.

(63) En este sentido las Sentencias del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 523/2023 de 29 junio de 2023 (ECLI: ES: TS:2023:2827); 566/2023 de 7 de julio (ECLI: ES: TS:2023:2946) y 703/2023 de 28 septiembre de 2023 (ECLI: ES: TS:2023:3781) han sostenido que, cuando la pena originaria fue impuesta en su extensión mínima, no resulta adecuado fundamentar la decisión revisora exclusivamente en un juicio abstracto de proporcionalidad. Se argumenta que la fijación de la pena en el mínimo legal entonces vigente no implica necesariamente la realización de un específico juicio de proporcionalidad susceptible de proyectarse automáticamente sobre el nuevo marco normativo. Además, cuando la condena se situó en el tramo mínimo de la pena aplicable, la revisión no puede descansar prioritariamente en criterios de proporcionalidad material, sino que debe atender, de forma preferente, al criterio de acomodación a la voluntad jurisdiccional expresada por el tribunal sentenciador. Dicho criterio, manifestado en la opción por la pena mínima dentro del marco legal entonces disponible, constituye la referencia interpretativa que ha de prevalecer en la adaptación de la condena al nuevo régimen punitivo.

posiciones transitorias destinadas a modular o limitar los efectos de la retroactividad (64), circunstancia que fue calificada por un sector de la doctrina como un «defecto técnico» (65). En consecuencia, los órganos judiciales debieron aplicar las reglas generales del artículo 2. 2.º CP. La ausencia de una disposición transitoria específica contribuyó a acelerar la contrarreforma, al trasladarse a la opinión pública la idea de que la vuelta al sistema anterior, esto es, la diferenciación entre abuso y agresión sexual pondría fin a las reducciones de condena y a las excarcelaciones.

En este contexto, diversos grupos parlamentarios presentaron iniciativas de reforma, centradas fundamentalmente en modificar los nuevos preceptos del Código Penal con el propósito de restablecer, en lo sustancial, la regulación previa a la LO 10/2022. Así ocurrió, por ejemplo, con la «Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», presentada el 13 de octubre de 2023 por el Grupo Parlamentario VOX (66), que en esencia pretendía restaurar la diferencia entre agresión y abuso sexual.

Por su parte, las proposiciones formuladas por otros grupos parlamentarios no se limitaron al Código Penal, sino que incluyeron también modificaciones de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En particular, la «Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en lo relativo a los delitos de agresiones sexuales (Orgánica)» (67), presentada el 23 de diciembre de 2022 por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, tenía como finalidad

(64) Ampliamente sobre la retroactividad *vid*. Marín de Espinosa Ceballos, E. B., «La retroactividad de la ley penal: la utilidad de las disposiciones transitorias». Cuadernos de política Criminal, núm. 144, 2024, pp. 5-33.

(65) Así lo califican Ruiz Yamuza, F. G., «Ley del sólo sí es sí: notas prácticas sobre la revisión de sentencias condenatorias». Economist & Jurist, 6 de enero de 2023. https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/leydel-solo-si-es-si-notas-practicas-sobre-larevision-de-sentencias-condenatorias/; Álvarez García, F. J., *op. cit.*, p. 16; Álvarez Benítez, F., «¿Puede salvar la Disposición Transitoria del Código Penal la revisión de las sentencias condenatorias?». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 991. 2022.

(66) Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, núm. 22 - 1, de 13 de octubre de 2023 122/000009 https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-22-1. PDF.

(67) Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, núm. 306-1, de 23 de diciembre de 2022. 122/000282 Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en lo relativo a los delitos de agresiones sexuales (Orgánica). https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-306-1. PDF.

«mejorar la tipificación de esas conductas y la proporcionalidad de las penas en relación con la gravedad de los delitos». En lo que respecta específicamente a la LORPM, se proponía modificar el artículo 10. 2.º, con el objetivo de limitar la aplicación obligatoria de la medida de internamiento en régimen cerrado a los delitos tipificados en los artículos 179, 180 y 182.2.º y 4 CP.

Asimismo, el 17 de febrero de 2023 el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos contra la libertad sexual, así como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta iniciativa fue la que finalmente prosperó. Efectivamente, la proposición culminó en la aprobación de la LO 4/2023, de 27 de abril, por la que se modificaron el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la propia Ley Orgánica 5/2000. En lo que respecta a la LORPM, la Exposición de Motivos justificó la necesidad de reformar el artículo 10. 2.º en la redacción dada por la LO 10/2022, argumentando que esta había extendido sus consecuencias a todos los delitos contra la libertad sexual comprendidos entre los artículos 178 y 183 CP, generando «un problema de descoordinación con los artículos 8. 2.º, 9. 2.º y 10. 2.º de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», al imponer en algunos supuestos respuestas más graves a los menores que a los adultos, como se ha analizado en el epígrafe anterior. También se hizo referencia a la redundancia del artículo 10. 2.º respecto al contenido del artículo 7. 5.º de la misma ley, lo que hacía necesaria su corrección.

El texto finalmente aprobado establece que: «2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 178, apartados 2 y 3, 179, 180, 181, apartados 2, 4, 5 y 6, y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:». Además, la contrarreforma eliminó la letra c) del artículo 10. 2.º LORPM, que, como se ha indicado, imponía expresamente la obligación de aplicar la medida accesoria de educación sexual y educación en igualdad, al considerarse innecesaria dicha reiteración, dado que la obligatoriedad ya se derivaba directamente del artículo 7. 5.º LORPM.

En suma, los cambios introducidos al artículo 10. 2.º LORPM, incluso tras la contrarreforma, permiten afirmar que el legislador ha ampliado el ámbito de aplicación del internamiento en régimen cerrado para un mayor número de conductas contra la libertad sexual.

Efectivamente, antes de la reforma, el internamiento en régimen cerrado se encontraba previsto para las conductas tipificadas en los artículos 178 y 180 CP, es decir, para los supuestos de agresión sexual, cuya configuración típica exigía la concurrencia de violencia o intimidación, así como para aquellos casos en los que concurrían determinadas circunstancias agravantes específicamente contempladas por el legislador. Tras la entrada en vigor de la contrarreforma, el ámbito de aplicación de dicho régimen se ha ampliado considerablemente al unificarse la agresión y el abuso, extendiéndose esta medida a los artículos 178.2 y 3, 179, 180 y 181.2, 4, 5 y 6 CP. De este modo, el internamiento se aplica, junto a las conductas anteriormente mencionadas, que integraban el delito de agresión sexual, a las que, bajo la regulación anterior, eran calificadas como abusos sexuales.

Por otro lado, pese a la eliminación de la referencia expresa al artículo 7. 5.º LORPM, no se ha alterado su efecto, ya que se trata de una medida accesoria de aplicación obligatoria. Por consiguiente, cuando el menor sea responsable de alguno de los delitos contra la libertad sexual comprendidos en el artículo 10.2 LORPM (arts. 178. 2.º y 3.º, 179, 180 y 181. 2.º, 4.º, 5.º y 6.º CP) deberá imponerse la medida de internamiento en régimen cerrado, complementada, en su caso, con una medida de libertad vigilada. A ello la reforma ha añadido la aplicación obligatoria de la medida accesoria prevista en el artículo 7. 5.º LORPM, consistente en someter al menor a programas formativos de educación sexual o de educación para la igualdad.

Por ello, deben reiterarse aquí las críticas ya formuladas respecto de la medida accesoria prevista en el artículo 7.5 LORPM, tanto en lo relativo a su contenido como a su carácter obligatorio. En cuanto al primero de estos aspectos, la medida presenta un evidente solapamiento con una de las reglas de conducta susceptibles de imponerse en el marco de la libertad vigilada, concretamente la consistente en la participación del menor en programas formativos de educación sexual o de educación para la igualdad, que constituye, precisamente, una de las intervenciones más adecuadas para los autores de delitos contra la libertad sexual (art. 7.1.º h) 2.ª LORPM). De este modo, la ley establece una innecesaria duplicidad de contenidos, configurando una misma intervención educativa bajo dos instrumentos jurídicos distintos: como regla de conducta en el marco de la libertad vigilada y como medida accesoria de imposición obligatoria.

La diferencia entre ambas figuras no radica, por tanto, en su contenido material, sino en su régimen de imposición. Mientras que la regla de conducta requiere una valoración judicial individualizada acerca de su conveniencia para las necesidades educativas y preventi-

vas del menor, la medida accesoria se impone automáticamente en todos los supuestos previstos por la ley, esto es, al cometer un delito de los previstos en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal. Así, el menor deberá cumplir el programa formativo de la medida accesoria del artículo 7. 5.º LORPM durante la ejecución del internamiento en régimen cerrado, con independencia de sus circunstancias personales, de la naturaleza concreta del hecho cometido o de las necesidades detectadas en la evaluación educativa. El problema surge una vez finalizado el internamiento, cuando se inicie la ejecución de la libertad vigilada. En tal momento, el juez verá condicionada su capacidad de seleccionar la regla de participar en programas de educación sexual o de igualdad, precisamente porque el menor ya habrá cumplido previamente una medida de idéntico contenido. La imposición posterior de la misma intervención supondría una reiteración difícilmente justificable.

En definitiva, la obligatoriedad de la medida del artículo 7. 5.º LORPM no parece responder a una necesidad de intervención educativa porque su contenido ya se regula en la LORPM y puede aplicarse, cuando resulte necesario, como regla de conducta dentro de la libertad vigilada mediante una decisión judicial motivada y adaptada a las circunstancias específicas del caso. La medida accesoria obligatoria del artículo 7. 5.º LORPM parece responder a la voluntad del legislador de transmitir un mensaje de especial reproche frente a los delitos contra la libertad sexual.

3. **La reforma del artículo 13 LORPM: una excepción al principio de flexibilidad**

El procedimiento penal aplicable a los menores infractores, cuya investigación y dirección corresponden al Ministerio Fiscal (art. 6 LORPM) (68), se diferencia del previsto para adultos por su carácter flexible, tanto en la adopción de las medidas como en su ejecución. La ley prioriza «los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro» (69). En consecuencia, la LORPM dispone que las medidas sancionadoras-educativas se adapten a las circunstancias personales del menor.

(68) *Vid*. Cueto Santa Eugenia, E., «Análisis del papel del fiscal de menores: especial consideración a la instrucción del procedimiento y sus facultades para evitar la incoación del expediente». Revista General de Derecho Penal, núm. 42, 2024, p. 8.

(69) Según identifica el apartado III de la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El principio de flexibilidad faculta al juez a modificar la medida impuesta (70). En efecto, el artículo 13 LORPM autoriza al juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de las partes e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública correspondiente, a modificar la medida impuesta siempre que ello redunde en interés del menor y exprese adecuadamente el reproche por su conducta. Las facultades de modificación son amplias: puede reducirse la duración, sustituirse una medida por otra durante su ejecución o incluso dejarla sin efecto.

No obstante, el principio de flexibilidad presenta excepciones. En determinados supuestos el juez no puede seleccionar la medida (arts. 8, 9 y 10 LORPM) o no puede modificarla hasta que haya transcurrido un determinado plazo, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta (art. 10. 2.º LORPM). Así sucede, por ejemplo, cuando el menor tiene dieciséis o diecisiete años y comete alguno de los delitos graves previstos en el artículo 10. 2.º LORPM. En estos casos, como se ha indicado anteriormente, el juez debe imponer obligatoriamente una medida de internamiento en régimen cerrado complementada, en su caso, con otra de libertad vigilada con asistencia educativa. Además, no puede ejercer las facultades de modificación, suspensión o sustitución previstas en los artículos 13, 40 y 51. 1.º LORPM hasta que haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración del internamiento impuesto.

A partir de la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, se ha introducido un requisito adicional para dejar sin efecto la medida principal en los delitos contra la libertad sexual. En concreto, cuando el delito esté tipificado en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, no podrá dejarse sin efecto la medida principal hasta que quede acreditado que el menor ha cumplido la obligación prevista en el artículo 7. 5.º LORPM.

De este modo, la medida educativa accesoria condiciona nuevamente la respuesta penal, ya que limita la facultad judicial de seleccionar la intervención educativa más idónea para el menor. La aplicación automática de una medida es una excepción al principio de flexibilidad, porque se obliga a imponerla a todos los menores responsables de delitos sexuales de manera general, sin individualizar el caso concreto. Ello resulta difícilmente conciliable con el espíritu de la LORPM, especialmente, con el principio del interés superior del

(70) También el artículo 51 LORPM permite la sustitución de medidas durante la fase de ejecución, su diferencia con el artículo 13 LORPM en es que éste tiene mayor alcance temporal porque permite la modificación de la medida impuesta en «cualquier momento», incluso, antes del inicio de su ejecución. *Vid*. Montero Hernanz, T., «La ejecución de medidas impuestas por los juzgados de menores». *Diario La Ley*, núm. 7026, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2008.

menor. En efecto, la medida se impone al margen de cualquier valoración sobre el interés superior del menor, ya que su adopción no exige ponderar sus circunstancias personales, familiares o sociales, ni tampoco sus concretas necesidades educativas o de intervención. El único presupuesto para su aplicación es la comisión de alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, articulándose la respuesta jurídica sobre esta tipología delictiva y no sobre las necesidades específicas del menor.

En mi opinión, el que se condicione el poder dejar sin efecto la medida principal al cumplimiento de la medida del artículo 7. 5.º LORPM, no es proporcionado por dos razones. En primer lugar, porque no distingue la gravedad del hecho: la reforma impide dejar sin efecto la medida principal cuando se comete cualquiera de los delitos comprendidos en los Capítulos I y II del Título VIII, que incluyen no solo delitos graves, sino también menos graves (como los previstos en los arts. 182 y 183 CP). En segundo lugar, porque no resulta coherente que una medida accesoria, como la del artículo 7. 5.º LORPM, condicione las consecuencias de la medida principal. La relación entre ambas es de dependencia y subordinación: la accesoria complementa a la principal y, por tanto, debería seguir su mismo destino. Sin embargo, la reforma invierte esta lógica, pues es la medida accesoria la que determina la imposibilidad de dejar sin efecto la principal.

En consecuencia, a los menores responsables de delitos sexuales, con independencia de la gravedad del hecho, se les impone un requisito adicional que no se exige al resto de menores infractores: el cumplimiento efectivo de la medida accesoria de formación en sexualidad e igualdad. Además, la configuración normativa de esta medida produce un efecto expansivo: su incumplimiento impide dejar sin efecto la medida principal y, asimismo, como se estudiará posteriormente, podría invalidar el acuerdo de conciliación entre la víctima y el menor (art. 19 LORPM). En la práctica, se trata de una medida de imposición y cumplimiento obligatorios y, supuestamente, no susceptible de modificación ni de sustitución, pues su inobservancia genera de manera automática consecuencias jurídicas gravosas.

Por todo lo expuesto, y atendiendo a los efectos derivados del incumplimiento de la medida accesoria del artículo 7. 5.º LORPM, cabe sostener, como ya se adelantó, que, de *lege ferenda*, sería aconsejable su supresión. Se trata de una medida innecesaria porque su contenido ya se encuentra previsto en las reglas de conducta de la medida de libertad vigilada. Ello no significa que el menor responsable de un delito sexual no deba someterse, cuando así lo exija su interés superior, a un programa formativo en sexualidad e igualdad; pero dicha

intervención debería canalizarse a través de la libertad vigilada, permitiendo al juez individualizar la medida educativa.

La medida accesoria debería eliminarse no solo por su carácter redundante, por su aplicación automática, que desatiende el interés superior del menor, sino también por los efectos desproporcionados que genera su incumplimiento. Asimismo, no podemos olvidar, como ya se ha señalado, que la coexistencia de dos medidas educativas con idéntico contenido ha provocado que la de aplicación obligatoria neutralice a la de carácter facultativo. Desde una perspectiva sistemática y de política criminal, debería prevalecer la facultativa, por ser la única compatible con el principio de flexibilidad que informa el sistema de responsabilidad penal de los menores.

4. **La reforma del artículo 19 LORPM: mayores exigencias para acceder a la justicia restaurativa**

Finalmente, la LOGILS modifica el artículo 19 LORPM, relativo al sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. La reforma añade un nuevo párrafo al apartado segundo con el propósito de restringir los mecanismos de justicia restaurativa en los casos de menores responsables de delitos contra la libertad sexual y, en general, en los relacionados con la violencia de género. El nuevo texto dispone que: «cuando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género, no tendrá efecto la conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad».

Antes de analizar el alcance material de esta reforma, resulta necesario poner de relieve la deficiente técnica legislativa empleada. El legislador ha incorporado un nuevo párrafo al artículo 19 LORPM, pero ha mantenido inalterados otros apartados del mismo precepto. En particular, los números 1.º, 4.º y 6.º continúan utilizando la expresión «delito o falta», pese a que la LO 1/2015, de 30 de marzo, suprimió la categoría de las faltas del Código Penal. Carece de justificación que se introduzcan modificaciones parciales sin actualizar el conjunto del precepto, máxime cuando este se remite expresamente a figuras del Código Penal (71).

(71) Aunque la Fiscalía General del Estado ofreció una solución interpretativa para las faltas, no es del todo satisfactoria, ya que no todas las faltas se han convertido en delito leve. Por ello, en virtud del principio de seguridad jurídica y

Hay que tener presente que el principio de oportunidad es uno de los pilares del proceso penal de menores, en cuanto «favorece la faceta educativa de la intervención» (72). Se conecta con el principio de subsidiariedad (73) (intervención mínima) y con el interés superior del menor, procurando su adecuada socialización. En sentido estricto, opera en la fase de instrucción y no en la de enjuiciamiento ni en la de ejecución. Este principio permite la posibilidad de no iniciar el procedimiento o de concluirlo sin imposición judicial de una medida (74). Su finalidad es evitar que las consecuencias del delito resulten innecesariamente perjudiciales para el menor, que aún se encuentra en un proceso de desarrollo personal.

Por ello, la LORPM articula mecanismos de desjudicialización del conflicto. El artículo 18 prevé el desistimiento de la incoación del expediente para que la corrección se lleve a cabo en el ámbito educativo o familiar; y el artículo 19 permite resolver el conflicto mediante

---

ante cualquier duda interpretativa debería expresamente corregirse en el texto de la Ley la referencia a «faltas» por la de «delitos leves». La LO 1/2015, de 30 de marzo, en lo relativo a las «faltas» sólo reformó el CP y la LECrim, pero no la LORPM. Por este motivo, el Dictamen 1/2015 del Fiscal de Sala coordinador de Menores de la FGE, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la reforma del Código Penal por lo 1/2015, determinó que: «… el Derecho Penal de menores se encuadra dentro del marco penal determinado por el CP y leyes penales especiales de adultos que le sirven de referencia. La peculiaridad de la Justicia Juvenil reside así, no en el aspecto sustantivo, sino en el procesal, integrado por la LORPM y su Reglamento. Así, debe reputarse como una legislación eminentemente procesal, cuyas imprecisiones o insuficiencias se integran a partir de la remisión expresa que la propia LORPM (DF Primera) hace a la LECrim y a otras normas como derecho supletorio»… Partiendo de ahí, debe tenerse en cuenta, en segundo lugar, que la previsión contenida en la Disposición Adicional Segunda de la LO 1/2015, relativa a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves seguirán sustanciándose conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la LECrim, concluyendo dicha disposición que: «las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves».

(72) Cfr. Francés Lecumberri, P., *op. cit.*, p. 7.

(73) Francés Lecumberri, P., *op. cit.*, p. 8. Ampliamente sobre el principio de intervención mínima *vid*. Abel Soto, M., «Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000». *Actualidad Penal*, núm. 43, Semana del 17 al 23 nov. 2003, p. 1071; Pillado González, E. y Grande Seara, P., *Proceso penal de menores por violencia de género*. Aranzadi, Pamplona, 2025, p. 221.

(74) Cfr. García Ingelmo, F. M., «El principio de oportunidad y sus manifestaciones en la LORPM (Arts. 18, 19 y 27.4). Problemas prácticos». *La Ley. Derecho de familia*, núm. 27, 2020. Este autor aclara que no es una manifestación, propiamente dicha, del principio de oportunidad la previsión contenida en el artículo 51. 3.º LORPM, pues permite la conciliación del menor con la víctima en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley.

procedimientos de justicia restaurativa, con el consiguiente sobreseimiento. Así, el principio de oportunidad posibilita que no se imponga una medida sancionadora-educativa pese a la comisión de un hecho delictivo, bien evitando la apertura del procedimiento, bien permitiendo su terminación anticipada. En ello se diferencia del principio de legalidad, pues éste impone la consecuencia jurídica prevista en la ley al responsable del delito (75).

En este contexto, el artículo 19 LORPM permite acudir a los métodos de justicia restaurativa, facultando al Ministerio Fiscal para desistir de la continuación del expediente. El apartado segundo del precepto, aunque formulado con cierta imprecisión técnica (76), establece que existe conciliación cuando el menor reconoce el daño causado y se disculpa ante la víctima, aceptando ésta sus disculpas; y que hay reparación cuando el menor asume el compromiso de realizar determinadas acciones en beneficio de la víctima, del perjudicado o de la comunidad, seguido de su efectivo cumplimiento.

Los beneficios de la justicia restaurativa son ampliamente reconocidos. Para el menor, supone una intervención individualizada, con apoyo técnico especializado, que favorece la adquisición de habilidades sociales (77), así como el asumir la responsabilidad por el daño causado (78), promoviendo su socialización. Además, la pronta identificación del conflicto permite alcanzar soluciones más rápidas y menos lesivas para su futuro. Y a su vez, evita la estigmatización asociada al proceso judicial tradicional, tal como han señalado las teorías del etiquetamiento

(75) Tierno Barrios, S., «Mediación penal y justicia de menores: una manifestación del principio de oportunidad» en Bujosa Vadell, L. y Martín Diz, F. (dirs.) *Menores y justicia juvenil*, Aranzadi. Pamplona, 2021, pp. 407 y ss. Para esta autora los tres pilares en los que se articula la justicia restaurativa son: el protagonismo activo de las partes en la resolución del conflicto, la reparación integral del daño causado por el hecho delictivo más allá de una simple reparación económica, y el fomento del diálogo para conseguir un acuerdo entre las partes de cara a alcanzar una solución adecuada (p. 368).

(76) Advirtiendo que el legislador «parece confundir los términos de mediación, conciliación y reparación, siendo que los conceptos de mediación y conciliación se utilizan indistintamente aun siendo, diferentes» Cfr. Francés Lecumberri, P., *op. cit.*, pp. 12; En términos similares *vid*. Álvarez Buján, M. V., «Acerca de la tan célebre y criticada ley española del "Solo sí es sí": principales aspectos procesales», Revista penal México, núm. 24, 2024, p. 15, que critica que «el legislador arrastra la confusión entre los términos justicia restaurativa, mediación y mediación penal»; Sánchez González, S., «Mediación en el proceso penal de menores. Sistema de una respuesta penal restaurativa». *La Ley mediación y arbitraje*, núm. 18, Sección Doctrina, Primer trimestre de 2024, p. 12.

(77) Ampliamente exponiendo los beneficios de la resolución de conflictos mediante la justicia restaurativa *vid*. Francés Lecumberri, P., *op. cit.*, p. 15.

(78) Cfr. Tierno Barrios, S., *op. cit.*, p. 8.

(*labelling approach*) (79), que advierten del riesgo de rechazo social por el mero sometimiento a un proceso penal. Para la víctima, la justicia restaurativa también ofrece ventajas significativas (80). Por un lado, fomenta el diálogo y la escucha activa, reforzando su protagonismo en el proceso. Por otro, contribuye a evitar la victimización secundaria y facilita una reparación no solo material, sino también moral y emocional (81). Asimismo, proporciona una solución más ágil y menos traumática que un juicio, con el consiguiente ahorro de tiempo y costes.

El artículo 19 LORPM contiene un principio de oportunidad reglada (82), ya que establece los requisitos necesarios para proceder al sobreseimiento de un expediente mediante conciliación. En particular, debe atenderse «a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe» (art. 19. 1.º LORPM). Además, el desistimiento del expediente solo es posible cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o leve.

4.1. Nuevos requisitos para la conciliación de menores infractores que cometen delitos de violencia de género

La LOGILS ha incorporado nuevos requisitos para los delincuentes sexuales y de cualquier otra violencia de género; el menor debe obligatoriamente cumplir el programa formativo regulado en la medida accesoria del artículo 7. 5.º LORPM, y la víctima debe solicitar expresamente el proceso de conciliación. Hay, por tanto, dos nuevas condiciones para alcanzar un acuerdo restaurativo, lo que, a mi juicio, merece una valoración crítica porque supone una restricción no justificada al principio de oportunidad.

En términos prácticos, el nuevo párrafo del artículo 19 LORPM prohíbe la conciliación para estos delitos mediante la expresión «no

(79) Sobre esta teoría *vid*. Santos Díaz, L. J., «El principio de oportunidad en la Ley Orgánica 5/2000. El desistimiento de la incoación del expediente». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 729, 2007.

(80) *Vid*. Francés Lecumberri, P., *op. cit.,*. p. 15.

(81) Cfr. Tierno Barrios, S., *op. cit.*, p. 8.

(82) Carrizo González-Castell, A., «Justicia de menores y mediación penal en España»: ¿un derecho de la víctima o del menor infractor?, en *Menores y justicia juvenil*, Bujosa Vadell, L. M./Martín Diz, F. (dirs.), Pulido, I./Reifarth Muñoz, W. (coords.), Menores y justicia juvenil, Navarra, 2021, p. 200.

tendrá efecto de conciliación», salvo que la víctima lo solicite expresamente y que el menor haya cumplido la medida accesoria mencionada. Así, a mi parecer, el precepto establece que el menor y la víctima no pueden llegar a un acuerdo, aunque con una excepción: que se cumplan ambos requisitos. La imprecisa redacción del precepto ha dado lugar a distintas interpretaciones. Por un lado, al mencionarse exclusivamente la conciliación, Colás Turégano (83) considera que es esta figura la que debe cumplir los dos nuevos requisitos introducidos por el legislador, al no establecerse ninguna previsión «con relación a los supuestos de reparación o reparación comunitaria». En estos últimos casos podría ser el propio menor quien manifieste su voluntad de reparar el daño causado, atendiendo a la literalidad de la norma (84). Por ello, esta autora crítica la regulación, ya que resulta difícil encontrar un argumento lógico para el distinto régimen que parece aplicarse a la conciliación frente a la reparación. Asimismo, se ha denunciado la falta una referencia expresa a la reparación del daño causado o a la posibilidad de articular mecanismos de reparación extrajudicial, «dejando al agresor, por tanto, en situación de desigualdad en cuanto al ejercicio del derecho de defensa con todas las garantías» (85).

No obstante, aunque esta interpretación de la reforma resulta plausible, a mi juicio, el precepto debe ser interpretado en un sentido distinto. La prohibición introducida por el legislador se refiere a la conciliación con carácter general, no debiéndose interpretar literalmente porque en muchas ocasiones la reparación acompaña al acuerdo de conciliación (86). En suma, considero que la reforma limita las posibilidades de conciliación y reparación al trasladar al ámbito de la justicia juvenil criterios propios del Derecho penal de adultos, aunque la regulación aplicable a los adultos va aún más lejos, al excluir expresamente el recurso a la justicia restaurativa en los supuestos de violencia de género. La reforma ignora uno de los principios que inspiran el sistema de responsabilidad penal de los menores y, en particular, la

(83) Colás Turégano, M. A., *op. cit.*, p. 25. También critican la redacción, porque el legislador solo hace referencia a la conciliación, sin aludir a la reparación Pillado González, E. y Grande Seara, P., *op. cit.*, p. 229, aunque no extrae esas consecuencias, pues admiten que los requisitos deben también alcanzar a la reparación.

(84) *Ibidem*, p. 26.

(85) Castellanos Romero, M.ª C., (2023), *op. cit.*, p. 256.

(86) En este sentido se expresa Colomer Hernéndez, en relación con el artículo 51. 3.º LORPM, donde el legislador también sólo menciona la conciliación, omitiendo la reparación. *Vid*. Colomer Hernández, I., «Capítulo III. La mediación penal con menores infractores en la LORPM», en Esther Pillado González (coord.) Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 120.

protección de su interés superior, que debe valorarse «con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas» (87).

A. *El menor debe cumplir la medida accesoria del artículo 7. 5.º LORPM*

Esta medida accesoria de imposición obligatoria ya ha sido objeto de crítica, proponiéndose incluso su eliminación. Se trata de una medida redundante porque duplica el contenido de la regla de conducta de la medida de libertad vigilada y genera consecuencias gravosas para el menor en caso de incumplimiento. Si el menor no la realiza, se invalidaría automáticamente el acuerdo de conciliación entre víctima y menor.

Sin embargo, la redacción que utiliza el legislador en el artículo 19. 2.º LORPM, como acertadamente advierte Colás Turégano, «llama la atención», cuando indica que «no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad». El texto aparentemente se refiere a un supuesto en el que, en sentido estricto, no se aplicará una medida de las previstas en el artículo 7 de la LORPM (88). El legislador parece olvidar que la finalidad de la conciliación extrajudicial es precisamente poner fin al conflicto con anterioridad a la apertura de la vía jurisdiccional, evitando la adopción formal de una medida en el marco del proceso. Por tanto, no es posible imponer medidas judiciales, impuestas por un Juez, porque, en estos casos, se adquieren compromisos y soluciones de otro tipo. Así es, en la solución extrajudicial el juez no interviene, únicamente dictará, en su caso, el auto de sobreseimiento de haberse cumplido lo estipulado en los acuerdos de reparación.

En este sentido similar se pronuncian Pillado González y Grande Seara, criticando la exigencia de imponer al menor una «medida accesoria» en el caso del sobreseimiento por conciliación, pues se trata de un caso, como ya se ha indicado anteriormente, en el que no se aplicará una medida de las prevista en el artículo 7 LORPM (89). Para ellos, «la forma más coherente de entender esta nueva disposición a la vista del propio espíritu de la LO 10/2022 y del interés superior del menor que inspira la LORPM, será que, cuando se trate de alguno de los delitos que el precepto enumera, en caso de conciliación o repara-

(87) Cfr. Carrizo González-Castell, A., (2021), *op. cit.*, p. 207.
(88) Colás Turégano, M. A., *op. cit.*, p. 25.
(89) Pillado González, E. y Grande Seara, P., *op. cit.*, p. 229.

ción, voluntariamente aceptada por ambas partes, imprescindible para que sea posible la mediación, su efectividad se condicione a que el menor realice un programa educativo en materia de educación sexual y educación para la igualdad y a que la víctima acepte el archivo; es decir, que la víctima expresamente acepte que, realizado el programa educativo, tenga los efectos del sobreseimiento del proceso» (90). De interpretarse en este sentido, en mi opinión, supondría acudir a una analogía *in malam partem*, lo que resulta incompatible con los principios que rigen el Derecho penal. Dicho de otra manera, no se podrá requerir «obligatoriamente» para el sobreseimiento del expediente por conciliación, en esta tipología de delitos, que el acuerdo de conciliación incorpore expresamente el compromiso del menor de cumplir alguna actividad educativa de formación en materia de sexualidad e igualdad, pues la ley no lo ha previsto.

En consecuencia, este precepto sólo puede ser interpretado, como indica Sánchez González; que la mediación con efectos de sobreseimiento continúa siendo posible tras la reforma y que los nuevos requisitos introducidos por el legislador afectan únicamente a la mediación postsentencia. En concreto, señala que «el artículo 19. 2.º LORPM solo prohíbe expresamente la mediación intrajudicial por conciliación cuando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal o estén relacionados con la violencia de género. En dichos casos, las disculpas del victimario y el perdón de la víctima carecen de efectos, salvo que la propia víctima lo solicite expresamente y que el menor haya realizado, además, la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad» (91).

En definitiva, a no ser que se trate de una redacción inadecuada y, por tanto, de un defecto técnico, el requisito de haber cumplido la medida de formación en sexualidad o igualdad no es exigible para el menor en el marco del sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación. Por ello, las dos nuevas exigencias se prevén para la

(90) Pillado González, E. y Grande Seara, P., *op. cit.*, p. 229.

(91) Cfr. Sánchez González, S., «Mediación en el proceso penal de menores. Sistema de una respuesta penal restaurativa». *La Ley mediación y arbitraje*, núm. 18, Sección Doctrina. 2024, pp. 15 y ss. A partir de esta interpretación, la autora propone modificar la LORPM, concretamente el nuevo párrafo segundo del apartado dos del artículo 19, para prohibir cualquier tipo de mediación penal en los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal o relacionados con la violencia de género, es decir, en cualquier momento del proceso, sin excepciones. Por tanto, pide que se eliminen los requisitos especiales de que la víctima lo solicite expresamente y que el menor hubiera realizado una medida accesoria de educación sexual y educación para la igualdad.

conciliación del artículo 51. 3.º LORPM. Este precepto, como es sabido, se dedica a regular la sustitución de las medidas, estableciendo que se puede producir la conciliación del menor con la víctima en cualquier momento y, en ese caso, el juez podría dejar sin efecto la medida impuesta. Sin embargo, a partir de la reforma introducida por la LOGILS, en los delitos de violencia de género, entre los que se incluyen los que afectan a la libertad sexual, en el acuerdo de conciliación alcanzado ya no será posible ni sustituir ni dejar sin efecto la medida accesoria de someter al menor a programas de formación en sexualidad e igualdad, aunque estas limitaciones no afectaran a la medida principal. Esto sucede porque ahora, para que el acuerdo de conciliación produzca efectos, se exige, precisamente, el cumplimiento de la medida accesoria.

No obstante, ello no impide que el acuerdo pueda generar otro efecto modificativo respecto de esta medida accesoria, pues sería posible reducirla. En consecuencia, nos encontramos ante una excepción al principio de oportunidad en los delitos de violencia de género, porque el menor, sólo en esta tipología delictiva, debe cumplir la citada medida para que tenga validez el acuerdo de conciliación y, además, como se analizará seguidamente, el legislador añade el requisito de que la víctima solicite expresamente la conciliación.

B. *La víctima debe solicitar expresamente la conciliación*

Para el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima hemos descartado la exigencia de que el menor cumpla la medida accesoria prevista en el artículo 7. 5.º LORPM. Y tampoco resulta exigible el requisito de que la víctima solicite expresamente la conciliación, pues ambos presupuestos han sido configurados de forma conjunta por el legislador para que tenga validez el acuerdo conciliatorio en el ámbito de la violencia de género. De ahí, que esta otra exigencia también está prevista para la conciliación postsentencia.

Conviene recordar que, conforme al artículo 15 (RPM)(92), relativo a la revisión de la medida por conciliación, si «durante la ejecución de la medida el menor manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado, la entidad pública informará al Juzgado de Menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación correspondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos

(92) Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal.

adquiridos y de su grado de cumplimiento al Juez y al Ministerio Fiscal, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 51. 2.º LORPM». A su vez, el artículo 51. 3.º LORPM, como se ha indicado, se refiere expresamente a la conciliación del menor con la víctima en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la propia Ley. Este precepto establece que el acuerdo alcanzado puede dar lugar a que el juez deje sin efecto la medida impuesta cuando, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, considere que dicho acto de conciliación y el tiempo de cumplimiento de la medida ya ejecutado expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos. De esta regulación se desprende que la iniciativa del proceso de conciliación corresponde, en principio, al Ministerio Fiscal, al menor o al letrado del menor. La ley no contempla expresamente la posibilidad de que la víctima promueva dicha iniciativa; no obstante, ello no impide que pueda solicitarla (93).

Tras la reforma del artículo 19. 2.º LORPM por la LOGILS, se exige, además, que la víctima solicite expresamente la conciliación cuando el menor haya cometido delitos comprendidos en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal o delitos relacionados con la violencia de género. Ahora bien, esta exigencia no debería interpretarse, desde mi punto de vista, en el sentido de excluir la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o el letrado del menor promuevan la conciliación, siempre que la víctima también lo solicite. Una interpretación distinta, que reserve exclusivamente a la víctima la iniciativa del proceso conciliador, supondría desconocer la lógica y la finalidad propias de la justicia restaurativa en el ámbito de la justicia juvenil.

Existen tres razones principales que, a mi juicio, justifican la crítica a este requisito. La primera razón es que la solicitud de la actividad de conciliación constituye una decisión técnica. En la práctica, los principios y valores de la conciliación se materializan en la actuación de los profesionales encargados de determinar las fórmulas más adecuadas para acudir a un proceso de conciliación y realizar propuestas para el acuerdo (94). En la conciliación postsentencia el juez a instan-

(93) En este sentido Guardiola Lago, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal» *Revista General de Derecho Penal*, 12, 2009, p. 6. La autora señala, en el contexto del inicio de la conciliación, «las grandes posibilidades que los letrados tienen como promotores de la iniciación de un proceso de mediación».

(94) *Vid*. Montero Hernanz, T., «Justicia juvenil restaurativa una visión desde los instrumentos internacionales» Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 51, 2018, pp. 127-146.

cia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, para tomar la decisión, debe oír al equipo técnico y a la representación de la entidad pública de protección o reforma. Éstos le informaran sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, si el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor y cualquier otra circunstancia relevante. Los equipos técnicos tienen un papel relevante porque, como señala el artículo 4 RPM, están «formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en la LORPM […]» (95). De hecho, la jurisprudencia ya ha advertido que «la apertura del procedimiento mediador está legalmente condicionada al informe favorable del Equipo Técnico que ha de valorar las circunstancias del hecho, del supuesto infractor y del sujeto pasivo. Este trámite tiene como finalidad dotar de fundamento científico la decisión del Ministerio Fiscal que disponga intentar la reconciliación de las partes en conflicto. Prescindir de él pudiera cuestionar la legalidad (y consecuentemente, la validez) de lo actuado posteriormente» (96).

Por ello, todo el proceso de conciliación debe estar supervisado por profesionales, desde determinar si es posible realizarla, concertar a las partes, informarles, hasta proponer soluciones. En cualquier caso, para que la víctima pueda solicitar la conciliación, en mi opinión, sólo sería posible si contara con la asistencia y el apoyo, desde el principio, del Ministerio Fiscal y/o del equipo técnico, ya que resulta poco factible que decida por sí sola iniciar el proceso. Sería muy difícil que la víctima conozca si se cumplen los requisitos formales o que disponga de información suficiente para valorar las circunstancias del menor o que conociera si el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. Además, es poco probable que la decisión de la víctima tenga como objetivo el interés superior del menor y su

(95) Los representantes de la entidad pública tienen una formación equivalente y las mismas facultades que los equipos técnicos, *vid*. García Rodríguez, M. J., «Procesos restaurativos en el sistema de justicia juvenil en España» en Cayón Peña, J. (dir.), *Convivencia y resolución de conflictos*. Dykinson. Madrid, 2025, p. 230. Este autor señala que las menciones al equipo técnico deben entenderse referidas a la entidad pública cuando esta asuma las funciones de mediación conforme al artículo 8. 7.º RPM.

(96) Cfr. Auto 9/2011 de 10 Ene. 2011. Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª ECLI: ES: APH:2011:63.

socialización. En definitiva, requerir que la víctima lo solicite anticipadamente es desconocer este procedimiento técnico.

La segunda razón, que evidencia que este requisito es artificioso, es que no considera que el inicio del proceso de conciliación no obliga a la víctima a participar; al contrario, uno de los principios fundamentales de la justicia restaurativa es la voluntariedad (97). La víctima tiene un papel central en estos procesos, ya que, una vez iniciado, participa directamente y es libre de decidir si se somete o no a la conciliación, si desea continuar en el proceso y si acepta llegar a un acuerdo. Solicitar expresamente la conciliación supone adelantar su voluntad: se le exige decidir, pero antes de conocer todos los elementos del caso, ya que no posee la información que los profesionales han recopilado ni los recursos para evaluar si el proceso es adecuado. Este requisito invierte el orden lógico previsto en la ley: la víctima no interviene al inicio del proceso de conciliación hasta que los profesionales determinan la conveniencia de adoptar la solución más adecuada al interés del menor y al de la víctima. Por tanto, este requisito resulta innecesario y artificial.

Y, en tercer lugar, y vinculado con el primer argumento, el requisito de que la víctima solicite expresamente el proceso de conciliación está desconectado del procedimiento. En cualquier momento, a propuesta del Ministerio Fiscal o del representante del menor se puede realizar la conciliación del menor con la víctima y el Juez podrá dejar sin efecto la medida impuesta, oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, y si juzga que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor (art. 51. 3.º LORPM). También, durante la ejecución de la medida el menor puede manifestar su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado. En este caso, la entidad pública informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación correspondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al juez y al Ministerio Fiscal (art. 15 RPM). Por consiguiente, la mediación no se realiza a iniciativa de la víctima, ella no interviene todavía porque son los especialistas los que deben determinar si es oportuno en ese supuesto concreto realizarla, ya que se prioriza el interés superior del menor. Esta reforma, exigiendo que la víctima ini-

(97) Carrizo González-Castell, A., (2021), *op. cit.*, p. 201. Este autor lo califica como el elemento clave, pues no es suficiente que el menor reconozca el daño y se disculpe ante la víctima, algo que podría vulnerar la presunción de inocencia, sino que es necesario que la víctima lo acepte.

cie la conciliación, invierte esta secuencia, otorgando protagonismo a la víctima desde el inicio y condicionando la actuación del Ministerio Fiscal, lo que contradice la lógica del procedimiento juvenil.

En definitiva, exigir que la víctima solicite expresamente la conciliación resulta inapropiado, puesto que se trata de una decisión de carácter técnico cuya activación corresponde al Ministerio Fiscal, al órgano judicial o al equipo técnico. Interpretar que la mediación no debe llevarse a cabo salvo que la víctima la inicie mediante una solicitud requeriría una modificación del procedimiento previsto en la LORPM y en el RPM. Sin embargo, el legislador no ha introducido tal alteración ni ha configurado un sistema específico de mediación para los delitos de violencia de género en el ámbito de la justicia juvenil. Lo indica claramente Colas Turégano: «no se comprende bien que el legislador exija la iniciativa de la víctima para emprender un proceso de conciliación, desconociendo la regulación del procedimiento en el vigente reglamento 1774/2004 que no ha sido modificado» (98).

La explicación más plausible para la inclusión de este requisito es que el legislador ha trasladado las normas del derecho penal de adultos, donde la conciliación está prohibida en los casos de violencia de género, al sistema penal juvenil. Con todo, el legislador no ha llegado a establecer para los menores una prohibición absoluta del recurso a la justicia restaurativa, sino que ha optado por introducir requisitos adicionales que restringen su acceso. Estos nuevos requisitos no parecen responder al interés superior del menor, en la medida en que introducen limitaciones de carácter general y abstracto que condicionan el acceso a los mecanismos de justicia restaurativa con independencia de las circunstancias concretas del caso. Efectivamente, el interés superior del menor debe estar orientado a la búsqueda de la solución que se considere más beneficiosa para el menor de cara a su reeducación y resocialización (99), «lo que exige incorporar a este proceso penal determinadas adaptaciones procesales con la finalidad de posibilitar una respuesta penal adaptada al interés del menor, es decir, que favorezcan la toma de decisiones y la aplicación de medidas orientadas en todo caso a lograr tanto su desarrollo personal y social como su integración en la sociedad en atención a sus circunstancias personales, educativas y sociales» (100).

---

(98) Colas Turégano, M.ª A., *op. cit.*, p. 35.

(99) Resaltando la importancia de la mediación para la reeducación y resocialización del menor e insistiendo en que deben prevalecer los intereses del menor se pronuncia la doctrina mayoritaria, entre ellos, *vid*. Francés Lecumberri, P., *op. cit.*, p. 15; Sánchez González, S., *op. cit.*, p. 6.

(100) Tierno Barrios, S., Mediación penal y justicia de menores: una manifestación del principio de oportunidad. En Bujosa Vadell y Martín Diz (dirs.), I. Gon-

En el derecho penal de adultos, como es conocido, desde la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la mediación está expresamente prohibida en los supuestos de violencia de género. En particular, su artículo 44 modificó el artículo 87 ter LOPJ (101), relativo a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y estableció en su apartado quinto que «en todos estos casos está vedada la mediación».

Aunque el artículo 87 ter LOPJ ha sido suprimido por la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia –que ha introducido una reforma de amplio alcance en la LOPJ (102), la prohibición no ha desaparecido del ordenamiento. En la actualidad, es el artículo 89. 9.º LOPJ (103) el que mantiene expresamente esta limitación, tanto en el ámbito civil como en el penal, al disponer que «en todos estos casos está vedada la utilización de los medios adecuados de solución de controversias». De este modo, el legislador no solo preserva la exclusión de la mediación, sino que amplía la prohibición a cualquier mecanismo de justicia restaurativa de resolución de conflictos. Esta extensión resulta coherente con la sistemática de la propia LO 1/2025, de 2 de enero, cuyo Título II, dedicado a las medidas en materia de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, regula, en su Capítulo I, los denominados «medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional». En particular, el artículo 2 define estos medios como «cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral». Por consiguiente, en la actualidad, la prohibición se proyecta sobre «cualquier tipo de actividad negociadora» en los procesos atribuidos

---

zález Pulido, W. Reifarth Muñoz (coords.), *Menores y justicia juvenil*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 405 y ss.

(101) El Título I, relativo a las Medidas en materia de eficiencia organizativa del Servicio Público de Justicia para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, contiene en su artículo 1. La Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Veintiséis. Se suprimen los artículos 87 bis, 87 ter y 87 quater.

(102) El Título I, relativo a las Medidas en materia de eficiencia organizativa del Servicio Público de Justicia para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, contiene en su artículo 1 la Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

(103) Se da nueva redacción al artículo 89 LOPJ, estableciendo los juzgados de violencia sobre la mujer y sus competencias.

a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (104), consolidando así una opción legislativa que excluye la aplicación de la justicia restaurativa en este ámbito.

Esta misma orientación restrictiva se aprecia en otros instrumentos normativos. Así, el artículo 48. 1.º del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, establece que «las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio». Asimismo, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, introdujo mediante su disposición final duodécima una modificación al artículo 3. 1.º de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, para incorporar expresamente que «en todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género».

Por tanto, el Derecho penal de adultos prohíbe la justicia restaurativa en los supuestos de violencia de género y, como una de sus tipologías, en la violencia sexual. El argumento principal de las posiciones que defienden prohibir la mediación se fundamenta en la desigualdad entre las partes: no existe una relación de igualdad real entre víctima y autor del delito (105). En concreto, se considera que el contacto con el agresor podría generar procesos de revictimización. A su vez, se sostiene que los mecanismos restaurativos podrían dar lugar a una instrumentalización de la víctima, en la medida en que su utilización se orientaría fundamentalmente a la obtención de determinadas ventajas, tanto para el infractor, favoreciendo su reinserción y resocialización, como para el propio sistema de justicia penal, al permitir reducir costes y agilizar la carga de trabajo de jueces y tribunales, todo ello potencialmente en detrimento de los intereses de la víctima (106).

---

(104) Expresamente, el artículo 89. 5.º LOPJ establece las competencias, en el orden penal, de las Secciones de violencia sobre la mujer.

(105) Defendiendo la prohibición de la mediación en los casos de violencia de género se manifiesta SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 16.

(106) Un detallado análisis de los argumentos alegados para prohibir la mediación en los delitos contra la violencia de género en VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal». Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Vol. 15, núm. 29, 2020, pp. 54 y 55.

Frente a estas posiciones favorables a la prohibición de la mediación, conviven otras posturas doctrinales de signo contrario (107). Desde estas posturas se defiende que dicha prohibición debería derogarse (108) porque se fundamenta en una concepción estereotipada de la víctima como sujeto vulnerable, esto es, «con la prohibición de la mediación penal en la LO 1/2004 el legislador español adoptó la concepción desvalida de la víctima de violencia de género» (109), optando por un modelo paternalista (110). Asimismo, se ha señalado que esta prohibición refleja, en cierto modo, una desconfianza hacia los profesionales mediadores, que, entre sus funciones, está la de garantizar los derechos de todas las partes que intervienen, por tanto, si ellos apreciaran una situación de desequilibrio, evidentemente, no permitirán el proceso de mediación (111). De ahí la importancia, como requiere la doctrina, de la necesidad de su adecuada formación. Igualmente, se argumenta, con acierto, que, en los delitos contra la libertad sexual, que requieren denuncia de la persona agraviada, la mediación podría ser una alternativa conveniente para aquellas víctimas que no desean activar el proceso penal (112), permitiéndoles afrontar el conflicto sin exponerse a los posibles efectos de victimización secundaria

(107) Ampliamente sobre las ventajas de la mediación en los casos de violencia de género en GARTUA, I y Varona Martínez, G., «Reflexión crítica sobre la normativa sobre la normativa española para desarrollar procesos de mediación en violencia de género y violencia sexual» en Varona Martínez (dir.), Repensar la justicia restaurativa desde la diversidad*: claves para su desarrollo práctico e investigación teórica y aplicada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. P. 321 y ss.

(108) Entre otros, Guardiola Lago, M. J., ob. cit., p. 34; Villacampa Estiarte, C., *op. cit.*, p. 64; Tierno Barrios, S., *op. cit.*, P. 418. p. 126; Alonso Rimo, A., «¿No tienen derecho a una reparación integral del daño las víctimas de violencia de género y de delito sexuales? La prohibición de mediación penal en esas infracciones a la luz de los estándares europeos». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 63, 2024, p. 107; Tierno Barrios, S., «El estado de la mediación penal en violencia de género en España: el debate de una prohibición», Revista General de Derecho Procesal, núm. 56, 2022, p. 12; Valeije Álvarez, I. «La prohibición de la mediación penal en los delitos de violencia de género: una lectura del artículo 57. 3.º CP en clave constitucional». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39. Iustel, 2023, p. 126.

(109) Cfr. Colas Turégano, M.º A., *op. cit.*, p. 23.

(110) Así lo expresan Ortiz Pradillo, J. C., «El paternalismo del legislador en el enjuiciamiento de la violencia de género». Revista de Derecho Procesal, núm. 1, 2012, p. 354; Álvarez Buján, M. V. (2024), p. 15; Villacampa Estiarte, C., *op. cit.*, p. 51; Molina Caballero, M. J., *op. cit.* p. 18; Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *La mediación-reparación en el Derecho penal de adultos*. Dykinson SL. Madrid, 2022, pp. 115 y 122.

(111) Molina Caballero, M. J. Mediación abordaje socio-jurídico de conflictos, Editorial Síntesis, 2021, p. 89; Colás Turégano, M.ª A., *op. cit.*, p. 23.

(112) En este sentido Villacampa Estiarte, C., *op. cit.*, p. 57; Colas Turégano, M.º A., *op. cit.*, p. 25.

asociados a un juicio. En definitiva, este sector doctrinal, al que me sumo, aconseja realizar un examen individualizado de cada supuesto concreto (113) con el fin de determinar si debe procederse, o no, a la mediación y en qué términos (114).

En mi opinión, no parece justificado prohibir de manera absoluta los mecanismos de justicia restaurativa en los casos de violencia de género. Considero que, como señala Villacampa Estiarte (115), su aplicación podría tener cabida en los distintos supuestos y no únicamente en aquellos considerados ocasionales o de menor gravedad. En este sentido, resulta necesario superar el enfoque paternalista que impide automáticamente a la mujer participar en la toma de decisiones, considerándola una víctima pasiva. Por el contrario, debería reconocerse a la mujer una posición activa en el proceso de gestión del conflicto, respetando su capacidad de autodeterminación y garantizando que su decisión sea libre e informada y con todas las garantías institucionales. Se parte de la premisa de que las situaciones de violencia de género son heterogéneas, por lo que no se puede justificar que las respuestas sean la misma: la prohibición generalizada de la mediación. En consecuencia, a mi juicio, como mantiene la doctrina mayoritaria, resultaría más adecuado realizar un examen individualizado de cada caso, valorando factores como las circunstancias concretas, la gravedad del hecho, la existencia o no de una relación de poder estructural consolidada o la concurrencia de una voluntad libre e

(113) Así lo propone mayoritariamente la doctrina *vid*. Esquinas Valverde, P., Mediación entre víctima y ofensor en la violencia de género. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 25 y ss.; Guardiola Lago, M. J., *op. cit.*, p. 27; Villacampa Estiarte, C., *op. cit.*, pp. 56-57; Molina Caballero, M. J., Mediación abordaje socio-jurídico de conflictos, Síntesis, 2021, pp. 19 y 20; Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *op. cit.*, p. 122; Castellanos Romero, M.ª C., (2023), *op. cit.*, p. 257.

(114) En este sentido, se propone no acudir a la mediación en aquellos delitos donde el órgano jurisdiccional apreciara violencia o intimidación de carácter grave o cuando exista desigualdad entre las partes, *vid*. Carrizo González-Castell, A., (2021), *op. cit.*, p. 211.

(115) Cfr. Villacampa Estiarte, C., *op. cit.*, p. 64. Esta autora considera «que cualquier supuesto de violencia de género puede ser objeto de mediación, no solamente aquellos que consistan en el uso ocasional de la violencia. Incluso los casos de empleo de violencia habitual podrían ser derivados a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos siempre que pudiera acabarse garantizando el equilibrio de fuerzas de las partes en el proceso, lo que debería decidirse caso por caso». Además, ofrece múltiples propuestas, extraídas de su estudio de derecho comparado, para un futuro protocolo que refleja las especificidades que presenta la mediación aplicable a los supuestos de violencia de género. No obstante, la doctrina mayoritaria considera que los mecanismos de mediación únicamente pueden trasladarse a un número limitado de supuestos, como en los delitos leves o hechos ocasionales. De esta opinión, entre otros, *vid*. Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *op. cit.*, p. 116.

informada por parte de la víctima. Desde esta perspectiva, los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos podrían, cuando se cumplan las condiciones necesarias, favorecer un mayor protagonismo de la víctima, al ser escuchada, al tiempo que exigirían al agresor el reconocimiento de su responsabilidad y, finalmente, podrían contribuir a la reparación de la víctima, que no siempre se alcanza plenamente en el proceso penal tradicional (116).

Si ya resulta cuestionable la prohibición de los mecanismos de justicia restaurativa en el proceso penal de adultos, con mayor razón lo será en el ámbito de la justicia juvenil (117), donde la intervención persigue primordialmente una finalidad educativa. En la justicia juvenil no se prohíbe, aunque en los casos de violencia de género se exigen mayores requisitos. Sin embargo, como señala Carrizo González-Castell, la mediación es un derecho del menor, y no debe existir un status específico cuando cometa un delito de violencia de género, en coherencia «con el principio de ultima ratio e intervención mínima del derecho penal y, sobre todo, con la primacía del interés superior del menor a la que nos obliga, no solo la normativa internacional sobre la materia, sino también la naturaleza socioeducativa del proceso penal de menores» (118). En este sentido, como señala Cervelló Donderis, «pocas acciones pueden ser tan educativas como el reconocimiento de los hechos, la petición de disculpas, el esfuerzo y el compromiso por reparar el daño causado o el cumplimiento de programas educativos» (119). En efecto, la mediación con menores infractores se configura como un instrumento especialmente adecuado, en la medida en que responde a los principios que inspiran el derecho penal juvenil: el principio de intervención mínima, la flexibilidad del sistema, el principio de oportunidad y, de manera particular, el interés superior del menor. No obstante, debe tenerse en cuenta que la mediación no se encuentra absolutamente prohibida en estos supuestos, ya que el acuerdo alcanzado podrá tener validez siempre que se den las dos condiciones; el cumplimiento de la medida accesoria de participar en programas formativos en materia de sexualidad e igualdad y la solicitud expresa de la víctima. Ahora bien, este último requisito, como ya se ha señalado, no puede interpretarse en el sentido de que sea la víctima quien active el proceso de mediación, pues el procedimiento previsto en la normativa vigente atribuye dicha inicia-

(116) Álvarez Buján, M. V., *op. cit.*, p. 15.

(117) Críticamente Colas Turégano, M.ª A., *op. cit.*, p. 30; Cardenal Montraveta, S., *op. cit.*, p. 216.

(118) Cfr. Carrizo González-Castell, A., (2021), *op. cit.*, p. 211.

(119) Cervelló Donderis, V., *op. cit.*, p. 870.

tiva a los profesionales intervinientes. En consecuencia, debe entenderse que este requisito queda satisfecho cuando la víctima, debidamente informada de esta posibilidad por los profesionales, manifiesta su aceptación de participar en el proceso de mediación.

Esta restricción de la mediación en los casos de violencia de género proyecta sus efectos sobre una pluralidad de tipos delictivos. En primer lugar, alcanzan a los delitos en los que el Código Penal prevé expresamente una agravante especifica por razones de género en la pareja o expareja, como sucede en algunos delitos de lesiones (arts. 148 y 153. 1.º CP), en el delito de amenazas leves (art. 171. 4.º CP), en el delito de coacciones leves (art. 172. 2.º CP), en el acoso o *stalking* (art. 172 ter. 2 CP), en las injurias o vejaciones leves (art. 173.4 CP), en determinados supuestos de agresión sexual (arts. 180.4 y 181. 4.º d CP) y en el delito de difusión no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales íntimas (art. 197. 7.º CP). No obstante, su alcance no se limita a estos supuestos, sino que también se extiende a aquellos delitos cometidos en un contexto de violencia de género en los que resulte aplicable la agravante genérica por razón de género prevista en el artículo 22. 4.º CP.

Asimismo, desde la perspectiva de la violencia sexual, el ámbito de aplicación no se limita a los delitos tipificados en los capítulos I y II del título VIII, como expresamente menciona el artículo 19. 2.º LORPM, sino la violencia sexual, como una de las tipologías de violencia de género incluye el resto de los delitos tipificados en ese mismo título y, los que la LO 10/2022 de 6 de septiembre, en su artículo 3, ha considerado violencia sexual (120). En este sentido, atendiendo al concepto de violencia sexual de la ley del «sí es solo si», comprende también la mutilación genital (art. 149. 2.º CP), el delito

(120) Artículo 3. Ámbito de aplicación.

1. El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos». Ampliamente sobre este concepto de violencia sexual *vid*. Marín de Espinosa Ceballos, E. B., *op. cit.*, pp. 10 y ss.

de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual (art. 177 bis. 1.º b) CP). Y, además, todas aquellas acciones que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual de la mujer, como el aborto no consentido (art. 144 CP), causar esterilidad (art. 149 CP), la realización de técnicas de reproducción asistida sin consentimiento (art. 161 CP) y la trata con fines de matrimonio forzado (art. 177 bis. 1.º e) CP).

En definitiva, los nuevos requisitos para la mediación afectan a un amplio grupo de delitos: los expresamente regulados como delitos de género y todos aquellos que por su naturaleza o por las circunstancias de su comisión, pueden integrarse dentro de las distintas manifestaciones de este tipo de violencia.

IV. CONCLUSIONES

Las modificaciones introducidas por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y la LO 4/2023, de 27 de abril, en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) merecen una valoración crítica, en la medida en que se orientan a reforzar la respuesta punitiva frente a los menores responsables de delitos contra la libertad sexual, configurándose para ellos un régimen diferenciado respecto del aplicable al resto de menores infractores. En consecuencia, la reforma ha dado lugar a un sistema sustentado en auténticas excepciones a los principios generales que informan el Derecho penal juvenil.

El eje central de la reforma se articula en torno a la introducción de una «nueva» medida educativa incorporada al artículo 7. 5.º LORPM, consistente en someter al menor a programas formativos en educación sexual y en educación en igualdad. Esta medida presenta la particularidad de configurarse como accesoria y de imposición obligatoria. Asimismo, las consecuencias previstas para su incumplimiento se apartan del régimen ordinario. En particular, por un lado, se impide dejar sin efecto la medida principal conforme al artículo 13 LORPM y, por otro, se limita el acceso a los mecanismos de justicia restaurativa previstos en el artículo 19. 2.º LORPM. Además, el contenido de esta nueva medida educativa accesoria coincide sustancialmente con una de las reglas de conducta que pueden imponerse en el marco de la medida de libertad vigilada. Sin embargo, mientras que la imposición de esta regla de conducta exige una motivación judicial conforme al artículo 7. 3.º LORPM, la nueva medida accesoria prevista en el artículo 7. 5.º LORPM se aplica de forma automática. La

previsión de una medida de imposición obligatoria no se acomoda con un sistema de justicia juvenil caracterizado por la flexibilidad en la individualización de la respuesta, la primacía del interés superior del menor y el respeto a los principios de intervención mínima y de proporcionalidad. Además, la coexistencia de dos medidas educativas de contenido idéntico ha provocado que la de aplicación obligatoria neutralice, en la práctica, a la de carácter facultativo, dejando a la regla de conducta vinculada a la libertad vigilada sin operatividad real en estos supuestos.

La segunda modificación introducida afecta al artículo 10. 2.º LORPM. En línea con reformas anteriores de esta ley, se amplía el ámbito de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado a un mayor número de delitos y, adicionalmente, se establece la imposición obligatoria de la medida accesoria prevista en el artículo 7. 5.º LORPM. Esta reforma resultó desafortunada, tanto por el carácter redundante de esta última exigencia como por su incompatibilidad con los artículos 8 y 9 LORPM, lo que obligó a su posterior corrección mediante la LO 4/2023, de 27 de abril.

Asimismo, el artículo 13 LORPM ha sido modificado mediante la introducción de un requisito adicional para dejar sin efecto la medida principal en los delitos contra la libertad sexual. En concreto, se establece que dicha medida no podrá dejarse sin efecto hasta que quede acreditado que el menor ha cumplido la obligación prevista en el artículo 7. 5.º LORPM, configurándose así una nueva excepción a los principios de flexibilidad, del interés superior del menor y de proporcionalidad.

Finalmente, la denominada la LOGILS incorpora al artículo 19. 2.º LORPM dos requisitos adicionales para los menores responsables de delitos sexuales o de otras violencias de género, siendo una nueva excepción al principio de oportunidad. El texto reformado establece que «no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad». No obstante, la deficiente redacción de esta nueva excepción permite concluir, salvo que se realice una interpretación *in malam partem*, que tales requisitos afectan únicamente a la mediación post sentencia.

Por todo lo indicado, a mi juicio, la nueva medida accesoria del artículo 7. 5.º LORPM debería de *lege ferenda* suprimirse, no solo por su carácter redundante, su imposición automática sino, además, por los efectos desproporcionados que provoca su incumplimiento para el menor infractor.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., «Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000». *Actualidad Penal*, núm. 43, Semana del 17 al 23 nov. 2003.

ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. Reus, Madrid. 2019.

ALONSO RIMO, A., «¿No tienen derecho a una reparación integral del daño las víctimas de violencia de género y de delito sexuales? La prohibición de mediación penal en esas infracciones a la luz de los estándares europeos». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 63, 2024.

ÁLVAREZ BENÍTEZ, F., «¿Puede salvar la Disposición Transitoria del Código Penal la revisión de las sentencias condenatorias?». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 991. 2022.

ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., «Acerca de la tan célebre y criticada ley española del "Solo sí es sí": principales aspectos procesales», Revista Penal México, núm. 24, 2024.

ALVAREZ GARCIA, J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*,* 25-r3, 2023.ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. 2023.

BERNUZ BENITEZ, Fernandez Molina, E., y PÉREZ JIMENEZ, F. «La libertad vigilada como medida individualizadora en la justicia de menores». *Revista Española de Investigación Criminológica*, articulo 6, n. 7. 2009.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. «La simplificación del delito de agresión sexual y su torpe configuración legal». En «Liber amicorum» en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*,* en Manuel Gómez Tomillo, Antonio María Javato Martín, Alejandro de Pablo Serrano, José Mateos Bustamante (coords.), Editor Universidad de Valladolid. 2024.

CAMARA ARROYO, S. La libertad vigilada: de la ley penal del menor al ordenamiento penal de adultos. *RJUAM,* núm. 25, 2012-I.

CANO PAÑOS, M. A., ¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley penal del menor. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 13, 2011.

CARDENAL MONTRAVETA, S., *La responsabilidad penal de los menores*. Tirant lo Blanch. Valencia, 3.ª ed. 2024.

— «Delimitación y tratamiento de los delitos de extrema y máxima gravedad cometidos por menores (art 10 LORPM)», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 42, 2024.

— «El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores de edad. Comentario a la STS 660/2025, de 9 de julio». *InDret*, 4. 2025.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., «Justicia de menores y mediación penal en España»: ¿un derecho de la víctima o del menor infractor?, en *Menores y justicia juvenil*, Bujosa Vadell, L. M./Martín Diz, F. (dirs.), Pulido, I./ Reifarth Muñoz, W. (coords.), Menores y justicia juvenil, Navarra, 2021.

Castellanos Romero, M.ª C., «La problemática de la aplicación de la ley del "sólo sí es sí" en el ámbito de la responsabilidad penal de menores», en *Anuario de justicia de menores*, núm. 23, 2023.

Cervelló Donderis, V., «Principios y garantías penales de la medida de internamiento juvenil». Revista General de Derecho Penal, núm. 42, 2024.

Colas Turégano, M.º A., «Punitivismo y justicia de menores: La reforma de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) por la Ley del "solo sí es sí" (LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual)». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 25, 2023.

Colomer Hernández, I., «Capítulo III. La mediación penal con menores infractores en la LORPM», en Esther Pillado González (coord.) Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

Cueto Santa Eugenia, E., «Análisis del papel del fiscal de menores: especial consideración a la instrucción del procedimiento y sus facultades para evitar la incoación del expediente». Revista General de Derecho Penal, núm. 42, 2024.

Díaz y García Conlledo, M., y Trapero Barreales, M. A. «El delito de agresión sexual: análisis de la conducta típica de los artículos 178.1 y 4 y 181.1 y 3 del Código Penal» Revista Ius Criminale, núm. 3, 2025.

Díaz-Maroto y Villarejo, J., «La Ley sobre responsabilidad penal de los menores en España», *Nuevo Foro Penal,* núm. 101, 2023.

Esquinas Valverde, P., *Mediación entre víctima y ofensor en la violencia de género*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

Francés Lecumberri, P., «El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad del menor», *InDret* 4. 2012.

García Ingelmo, F. M., «El principio de oportunidad y sus manifestaciones en la LORPM (Arts. 18, 19 y 27.4). Problemas prácticos». *La Ley. Derecho de familia*, núm. 27, 2020.

García Rodríguez, M. J., «Procesos restaurativos en el sistema de justicia juvenil en España» en Martínez-Otero Pérez, V. y Cayón Peña, J. (dirs.), *Convivencia y resolución de conflictos*. Dykinson. Madrid, 2025.

Gartua, I., y Varona Martínez, G., «Reflexión crítica sobre la normativa sobre la normativa española para desarrollar procesos de mediación en violencia de género y violencia sexual» en Varona Martínez (dir.) Repensar la justicia restaurativa desde la diversidad*: claves para su desarrollo práctico e investigación teórica y aplicada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

González Arévalo, A. «Dificultades y retos en el trabajo Psicoterapéutico con menores infractores» *derecho y cambio social*, núm. 54, 2018, p. 7. www.derechoycambiosocial.com.

Guardiola Lago, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009.

Igareda González, N., «Las controversias sobre la Ley del "Sí es sí" sobre violencia sexual». *Revista Política Criminal*, Vol. 18, núm. 36, 2023.

Laurenzo Copello, P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999.
— «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?». Estudios penales y criminológicos*,* núm. 35, 2015.
Lúcar Vidal, F., y Quintana Peña, A., « Eficacia de un programa cognitivo-conductual para hombres maltratadores en la relación de pareja» Revista de investigación en psicología, Vol. 24, núm., 2021.
Magro Servet, V., «El debate sobre la responsabilidad penal de los menores: ¿Hay que introducir cambios urgentes en la regulación ante la gravedad de los delitos cometidos?». *Diario La Ley*, núm. 10689, 21 de marzo de 2025.
Maqueda Abreu, M.ª L., ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? *InDret,* núm. 4, p. 27, 2007.
— «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015». Cuadernos de política criminal, núm. 118, 2016.
Marín de Espinosa Ceballos, E. B., La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-24, 2023.
— «Retroactividad de la ley penal. La utilidad de las disposiciones transitorias» *C*uadernos de política criminal, núm. 144, 2024.
Molina Caballero, M. J. Mediación abordaje socio-jurídico de conflictos, Editorial Síntesis, 2021.
Morillas Fernández, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la ley orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales». Cuadernos de política criminal, núm. 138, 2022.
Montero Hernanz, T., «La ejecución de medidas impuestas por los juzgados de menores». *Diario la Ley*, núm. 7026, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2008.
— «Justicia juvenil restaurativa una visión desde los instrumentos internacionales», Revista de derecho y proceso penal, núm. 51, 2018.
Orte Socias, C., «Educación familiar y prevención de la violencia de género». Revista de intervención socioeducativa, núm., 36. p. 83, 2007.
Ortiz Pradillo, J. C., «El paternalismo del legislador en el enjuiciamiento de la violencia de género», Revista de derecho procesal, núm. 1, 2012.
Paredes Gallardo, C., y Domingo Roig, N., «Reflexiones sobre la entrada en vigor de la ley "sólo sí es sí": consecuencias prácticas, alarma social y contrarreforma». *La Ley Penal*, núm. 162, 2023.
Pardo Miranda, M. «El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*». El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, núm. 11, II Época, 2023.
Peramato Martín, T., «El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas». *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, núm. extra 2, 2022.
Pérez Machío, A. «Las penas de los delitos sexuales y la revisión de las condenas firmes tras la Ley del "sólo el sí es sí": un debate jurídico-

penalmente necesario tras la Sentencia 523/2023 del Tribunal Supremo», *Revista Penal*, núm. 57. 2026.

Pillado González, E., y Grande Seara, P., *Proceso penal de menores por violencia de género*. Aranzadi, Pamplona, 2025.

Roncero, D.; Fernandez Moreno, A., y Benedicto, C., «Efectividad de un programa de intervención para la reducción del sexismo hostil y benévolo en adolescentes infractores varones». Revista Interuniversitaria, núm. 46, (monográfico), 2025.

Ruiz Reyes, M. C., Libertad vigilada y responsabilidad penal del menor. Bosch, Barcelona, 2023.

Ruiz Yamuza, F. G., «Ley del sólo sí es sí: notas prácticas sobre la revisión de sentencias condenatorias». *Economist & Jurist*, 6 de enero de 2023.

Sánchez González, S., «Mediación en el proceso penal de menores. Sistema de una respuesta penal restaurativa». *La Ley mediación y arbitraje*, núm. 18, Sección Doctrina, Primer trimestre de 2024.

Santos Díaz, L. J., «El principio de oportunidad en la Ley Orgánica 5/2000. El desistimiento de la incoación del expediente». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 729, 2007.

Serrano Gómez, A., «Inconstitucionalidad de la Ley del "solo sí es sí" LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual». Diario La Ley, núm. 10337, 2023.

— «Aplicación retroactiva de la ley orgánica 10/2022 (ley del sólo sí es sí). Pleno jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 6-7 junio 2023». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. núm. 33, 2025.

Suárez Collía, D., «La función rehabilitadora del menor delincuente». *Revista de Derecho UNED*, núm. 20, 2017.

Tierno Barrios, S., «Mediación penal y justicia de menores: una manifestación del principio de oportunidad». En L. M. Bujosa Vadell, F. Martín Diz (dirs.), I. González Pulido, W. Reifarth Muñoz (coords.), *Menores y justicia juvenil*. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2021.

— «El estado de la mediación penal en violencia de género en España: el debate de una prohibición», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56, 2022.

Valeije Álvarez, I., «La prohibición de la mediación penal en los delitos de violencia de género: una lectura del artículo 57.3.º CP en clave constitucional». *Revista General de Derecho Penal* 39. Iustel, 2023.

Varona Gómez, D. «Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. A propósito de la STS 128/2023, de 27-2-2023». *InDret,* núm. 2, 2023.

Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *La mediación-reparación en el Derecho penal de adultos*. Dykinson. Madrid, 2022.

Villacampa Estiarte, C., «Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal». *Política Criminal*. Vol. 15, núm. 29, 2020.

Trazabilidad cognitiva e ignorancia deliberada: reconstrucción epistémica del no-saber

LORENA VARELA (1)

Profesora de Derecho Penal acreditada a titular de universidad
Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN

La ignorancia deliberada constituye un fenómeno normativo definido por la evitación consciente del conocimiento debido. Este trabajo no discute esa caracterización general, sino que aborda una cuestión distinta: cómo reconstruir ex post el trayecto epistémico que conduce al vacío cognitivo generado y gestionado por el propio sujeto. Para ello se propone la trazabilidad cognitiva como regla metodológica destinada a interpretar la postura epistémica del autor sin recurrir a ficciones sobre su conocimiento. La trazabilidad permite identificar decisiones, omisiones y patrones de evitación que configuran la arquitectura del no-saber, ofreciendo una reconstrucción más precisa que el retroceso imputativo tradicional y más transparente que la inferencia judicial aislada. La tesis central sostiene que la ignorancia deliberada solo puede imputarse adecuadamente si se reconstruye el proceso epistémico que la produce, y que la trazabilidad cognitiva constituye la herramienta necesaria para ello. En este marco, la trazabilidad integra el iter ordinatus: la prueba de indicios opera en el plano probatorio fáctico; la trazabilidad cognitiva, en el plano hermenéutico y de valoración epistémica estructural; el juicio de inferencia, en el plano valorativo epistémico conclusivo; y la imputación, en el plano valorativo jurídico. Esta secuencia garantiza que la atribución subjetiva se apoye en un fundamento cognitivo claro, reconstruible y no arbitrario,

(1) Este artículo se inscribe en una línea de investigación iniciada en la tesis doctoral y que, al margen de los proyectos competitivos en los que se participa –orientados a otras temáticas–, constituye un interés intelectual sostenido. Se agradece francamente a los evaluadores por sus observaciones, que han permitido mejorar aspectos metodológicos y fortalecer considerablemente la calidad del texto, así como a la coordinación del *Anuario* por el acompañamiento profesional y amable durante el proceso editorial.

reforzando los estándares contemporáneos de transparencia hermenéutica y racionalidad judicial.

Palabras clave: *ignorancia deliberada; trazabilidad cognitiva; imputación subjetiva; actio libera in causa; vacío cognitivo; epistemología penal del no-saber.*

ABSTRACT

Deliberate ignorance is a normative phenomenon defined by the conscious avoidance of due knowledge. This work does not revisit that general characterization, but addresses a different question: how to reconstruct ex post the epistemic trajectory that leads to the cognitive void generated and managed by the subject himself. To this end, it proposes cognitive traceability as a methodological rule for interpreting the agent's epistemic posture without resorting to fictions about his knowledge. Traceability makes it possible to identify decisions, omissions, and avoidance patterns that shape the architecture of not-knowing, offering a more precise reconstruction than traditional imputative retrogression and greater transparency than isolated judicial inference. The central thesis is that deliberate ignorance can only be properly imputed if the epistemic process that produces it is reconstructed, and that cognitive traceability is the necessary tool for doing so. In this framework, traceability integrates the iter ordinatus: the proof of indicia operates at the factual evidentiary level; cognitive traceability at the hermeneutic and structural epistemic-assessment level; the inference judgment at the conclusive epistemic-evaluative level; and the final imputation at the normative evaluative level. This sequence ensures that subjective attribution rests on a clear, reconstructible, and non-arbitrary cognitive foundation, reinforcing contemporary standards of hermeneutic transparency and judicial rationality.

Keywords: *deliberate ignorance; cognitive traceability; mens rea; actio libera in causa; cognitive void; epistemic reconstruction in criminal law.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La genealogía científica de la trazabilidad: un concepto previo al derecho penal.–III. Importación al derecho penal: definición de la trazabilidad cognitiva. III.1 Objeto: las huellas epistémicas que revelan la gestión del no-saber. III.2 Mapa de los vacíos cognitivos trazables.–IV. La trazabilidad cognitiva como *eslabón perdid*o entre la subjetividad del autor y la imputación. IV.1 Modelo actual de imputación de la ignorancia deliberada: prueba de indicios, proceso inferencial e imputación. IV.2 Modelo propuesto del *iter ordinatu*s de la imputación subjetiva: indicios, trazabilidad cognitiva, inferencia e imputación. IV.3 La matriz epistémica de la trazabilidad: conocimiento positivo y desconocimiento activo.–V. La trazabilidad como garantía sustantiva: transparencia hermenéutica y motivación judicial.–VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La ignorancia deliberada constituye uno de los fenómenos normativos más complejos de la teoría del delito contemporánea (2). La literatura –incluida la comparada– coincide en su mayoría en que la ignorancia deliberada consiste, en esencia, en la evitación consciente del conocimiento debido (3). Este trabajo no cuestiona ese

(2) Como bien lo advierte, Ragués i Vallès (2024), tras décadas de uso, la jurisprudencia española aún no ha definido con claridad qué entiende por ignorancia deliberada: si se trata de una categoría autónoma de dolo, de un subtipo específico de dolo eventual, o simplemente de una pauta probatoria destinada a descartar como inverosímiles determinadas alegaciones de desconocimiento formuladas por el acusado en contextos de opacidad o de legalidad dudosa. *Vid*. RAGUÉS I VALLÈS, R., «Veinticinco años de ignorancia deliberada: un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en García Mosquera, M., Rodríguez Vázquez, V. y otros (dirs.), *Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, vol. 1, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2024, pp. 425-436 (pp. 426, 435-436).

(3) Sobre la caracterización general de la ignorancia deliberada como evitación del conocimiento debido o construcción estratégica del desconocimiento, pueden verse, entre otros, RAGUÉS I VALLÉS, R., *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 155 y ss., *passim*.; MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 253 y ss., 276; PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 138 y ss., 143, *passim*; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 1-29; VARELA, L., *Dolo y error. Hacia una imputación* auténticamente *subjetiva*, J. M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 632 y ss., 636 y ss.; GONZÁLEZ LILLO, D., «El autoengaño en Derecho penal: elementos para su análisis dogmático», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2025, pp. 184-231. En el entorno germánico, PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 362 y ss., 391, 394, *passim*; y JAKOBS, G., «Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989, pp. 516 y ss. En el sistema angloamericano, pueden verse, entre otros, EDWARDS, J. Ll. J., «The Criminal Degrees of Knowledge», en *The Modern Law Review*, vol. 17, núm. 4, pp. 294-314, 1954 (pp. 298 y ss.); CHARLOW, R., «Wilful Ignorance and Criminal Culpability», en *Texas Law Review*, vol. 70, núm. 6, 1992, pp. 1351-1429, (p. 1429); HUSAK, D. N. y CALLENDER, C. A., «Wilful Ignorance, Knowledge, and the ´equal culpability´ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality»; en *Wisconsin Law Review*, 1994, núm. 1, pp. 29-69 (pp. 62 y ss.); LUBAN, D., «Contrived Ignorance», en *The Georgetown Law Journal*, vol. 87, 1999, pp. 957-980 (pp. 969 y ss.); SARCH, A., *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don´t*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 7, 85, *passim*. En el régimen canadiense, destaca MCELMAN, M., «A New Conception of Wilful Blindness: The Supreme Court of Canada´s Decision in R. v. Sansregret», en *Dalhousie Journal*

núcleo conceptual ni pretende redefinir la estructura básica de la ignorancia deliberada penalmente relevante (4). El objetivo es otro: reconstruir *ex post* el trayecto epistémico que conduce al estado de desconocimiento gestionado por el propio sujeto, sin recurrir a ficciones sobre su conocimiento. La dificultad central de la ignorancia deliberada no reside únicamente en la ausencia de conocimiento positivo en el momento del hecho, sino en la forma en que ese vacío cognitivo ha sido producido y administrado. Esta modalidad revela una relación estratégica con la información que no puede comprenderse mediante las categorías tradicionales del dolo ni mediante aproximaciones probatorias centradas exclusivamente en el resultado final. La imputación clásica –basada en un conocimiento presente o en la previsibilidad objetiva del riesgo– carece de herramientas para interpretar una modalidad que, por definición, se caracteriza por la gestión activa del no-saber. El retroceso imputativo, especialmente en su versión más robusta a través de la *actio libera in causa*, intenta suplir esta carencia desplazando la mirada hacia un momento previo de decisión; sin embargo, si no se acompaña de una reconstrucción epistémica, atribuye estados mentales remotos sin explicar el proceso que los genera. Este trabajo propone, como complemento metodológico a la imputación de la ignorancia deliberada (5), la trazabilidad cognitiva. Se trata de una regla preimputativa destinada a reconstruir el proceso epistémico mediante el

---

of Legal Studies, vol. 9, artículo 9, 2000, pp. 324-343, quien define la ignorancia deliberada como una forma de supresión activa –más allá de la supresión deliberada– de la conciencia del riesgo (pp. 330-331, *passim*); y Sherrin, C., «Wilful Blindness: A Confused and Unnecessary Basis for Criminal Liability», en *UBC Law Review*, vol. 47, núm. 2, artículo 11, 2014, pp. 709-741, quien se opone a mantener la categoría de la ignorancia deliberada, salvo que se reformulen algunos de sus presupuestos y se estandarice la prueba de la motivación de defraudar a la administración de la justicia (pp. 740-741, 729, *passim*).

(4) No toda ignorancia deliberada es penalmente relevante: la ignorancia fingida (*contrived ignorance*) solo constituye ceguera culpable cuando la decisión de no saber carece de justificación. Algunos roles profesionales –como el abogado respecto de su cliente o el médico respecto de su paciente– pueden justificar no indagar más, mientras que quien acepta transportar un paquete sospechoso no tiene justificación alguna para ignorar su contenido. La prueba es objetiva: la supuesta «obligación de rol» debe existir realmente y ser socialmente legítima. *Vid*. Hellman, D., «Willfully Blind for Good Reason», en *Crim Law and Philos*, vol. 3, 2009, pp. 301-316 (p. 312).

(5) Una línea de investigación complementaria –que no se desarrolla aquí– examina la decisión epistémica de sustituir el conocimiento debido por el azar como forma de ignorancia electiva, con el fin de perfilar la ignorancia deliberada como categoría subjetiva. Esta aproximación, orientada a una reconstrucción racional del no-saber, será objeto de un trabajo independiente. Algunos elementos preliminares pueden verse en el análisis del caso Thyrén. *Vid*. Varela, L., «Asunción de riesgos

cual el sujeto ha configurado su propio vacío cognitivo. La trazabilidad identifica micro-decisiones, omisiones relevantes, rutas cognitivas evitadas y patrones de elusión, a partir de huellas epistémicas objetivables: rastros externos y manifestaciones verificables de estados internos (como expresiones, conductas o verbalizaciones), nunca ficciones sobre contenidos mentales inaccesibles. Aunque la trazabilidad incorpora inevitablemente una dimensión valorativa secundaria –al seleccionar y ordenar las huellas relevantes– su función principal no es valorar, sino reconstruir estructuralmente el proceso epistémico que antecede a la inferencia y que permite dotar de contenido a la imputación. La trazabilidad no sustituye a la imputación: la precede, la ordena y la legitima, proporcionando el fundamento cognitivo que la atribución subjetiva requiere para evitar decisiones arbitrarias. La tesis central es que la ignorancia deliberada solo puede imputarse adecuadamente si se reconstruye el trayecto epistémico que la produce, y que la trazabilidad cognitiva constituye la herramienta metodológica necesaria para hacerlo. Esta regla preimputativa abre la puerta a una epistemología penal del no-saber más precisa, más racional y más transparente.

II. LA GENEALOGÍA CIENTÍFICA DE LA TRAZABILIDAD: UN CONCEPTO PREVIO AL DERECHO PENAL

La trazabilidad es un concepto con una extensa trayectoria en múltiples disciplinas técnico-tecnológicas, en las ciencias del comportamiento y en el análisis político, donde se emplea para reconstruir procesos, identificar secuencias causales y asegurar la transparencia de los mecanismos que conducen a un determinado estado o resultado (6). Mucho antes de que el derecho penal necesitara una herramienta para reconstruir la gestión del no-saber, otras ciencias ya habían desarrollado mecanismos para seguir un rastro,

---

extravagantes: una revisión del caso Thyrén desde las leyes del azar», en *Revista Ius Criminale*, núm. 3, 2025, pp. 199-246; y VARELA, *op. cit.*, 2016, p. 633.

(6) El diccionario de la Real Academia Española, en su versión digital, define trazabilidad como una adaptación del inglés *traceability*, derivado del verbo *to trace* (=rastrear). En su primera acepción, la RAE la describe como la «posibilidad de identificar el origen y las diferentes etapas de un proceso de producción y distribución de bienes de consumo»; y en su segunda acepción, como el «reflejo documental de la trazabilidad de un producto». Estas definiciones ponen de relieve la idea central del concepto: la capacidad de seguir un rastro, reconstruir un proceso y documentar cada uno de sus eslabones.

identificar huellas y hacer inteligible la evolución de un proceso. Esta genealogía no solo demuestra que la trazabilidad es un concepto consolidado, sino que permite aprovechar su potencial hermenéutico importándoselo legítimamente al ámbito penal. Solo a modo de ilustración, a continuación, se examinan algunas de sus manifestaciones más influyentes en distintos campos científicos. En ingeniería de sistemas y desarrollo de *software*, la trazabilidad se articula a través de la *traceability matrix*, una herramienta destinada a vincular cada requisito –funcional, de usuario, del sistema, etcétera– con las decisiones técnicas que lo implementan. Su función es garantizar que el producto final pueda reconectarse con su origen, mostrando cómo cada componente deriva de una necesidad inicial. Esta concepción –presente desde los trabajos clásicos de Gotel y Finkelstein (1994) (7) y recogida en los estándares IEEE sobre ingeniería de requisitos (8)– entiende la trazabilidad como un mecanismo de coherencia estructural: permite reconstruir el proceso de diseño, identificar omisiones, verificar consistencias y asegurar que nada se pierda en el camino. En otras palabras, la trazabilidad se erige como un hilo cognitivo (*cognitive thread*) que permite seguir, reconstruir y analizar las interrelaciones entre modelos, datos, procesos y actores a lo largo del ciclo de vida de un sistema complejo (9). En ciencia de datos –y, en particular, en la ingeniería y gobernanza del dato–, la trazabilidad se expresa como *data lineage* (linaje de datos) es decir, la reconstrucción del recorrido de un dato desde su origen hasta su uso final (10). Este mecanismo permite identificar las transformaciones que ha sufrido, los filtros aplicados, las decisiones algorítmi-

(7) «La trazabilidad de requisitos [*requirements traceability*] se refiere a la capacidad de describir y seguir el ciclo de vida de un requisito, tanto hacia adelante como hacia atrás (es decir, desde sus orígenes, pasando por su desarrollo y especificación, hasta su posterior implementación y uso, y a través de todos los períodos de refinamiento y especificación continuos en cualquiera de estas fases)». *Vid*. Gotel, O. C. Z. y Finkelstein, A. C. W., «An analysis of the requirements traceability problem», en *Proceedings of IEEE International Conference on Requirements Engineering*, Colorado Springs, CO, 18-22 de abril, 1994, pp. 94-101 (pp. 94 y 97).

(8) ISO/IEC/IEEE 29148:2018. *Systems and software engineering. Life cycle processes. Requirements engineering*, International Organization for Standardization / International Electrotechnical Commission / Institute of Electrical and Electronics Engineers, 2018.

(9) Wu, S.; Wang, G.; Lu, J.; Hu, Z.; Yan, Y., y Kiritsis, D., «Design ontology for cognitive thread supporting traceability management in model-based systems engineering», en *Journal of Industrial Information Integration*, vol. 40, núm. 100619, 2024.

(10) «*Data provenance*» o «*data pedigree*». *Vid*. Buneman, P. y Khanna, S., y Tan, W.-C. «Why and Where: A Characterization of Data Provenance», en *Database Theory, ICDT*, Springer, Londres, 2001, pp. 316-330 (pp. 316 y ss.).

cas que lo han modificado y los puntos de intervención humana que han influido en su forma actual. Su objetivo es garantizar la transparencia del flujo informacional en contextos donde la integridad del dato es crucial –por ejemplo, en sistemas de Inteligencia Artificial, auditorías financieras o procesos automatizados de toma de decisiones–. Por otro lado, en epistemología, la noción de huella epistémica (*epistemic footprint*) permite reconstruir cómo se ha llegado a una creencia, qué inferencias la sostienen, qué información se descartó, qué rutas cognitivas se siguieron y qué voces expertas intervinieron en su consolidación. Aquí la trazabilidad funciona como un mecanismo de reconstrucción racional: no se limita a verificar si una creencia es verdadera, sino que examina el camino epistémico que la produjo, la arquitectura de razones, inferencias y apoyos que la hacen posible. Esta dimensión se vuelve especialmente clara cuando se considera la dependencia epistémica del profano hacia el experto, tal como la formula Hardwig (1985) (11). La idea es sencilla: en la mayoría de los ámbitos relevantes –medicina, ingeniería, economía– el ciudadano común no dispone de los conocimientos necesarios para evaluar por sí mismo la verdad de una proposición. Su creencia racional depende, por tanto, de la palabra de quiénes sí poseen ese conocimiento. Esto se expresa mediante una cadena de razones delegadas: «B tiene buenas razones para creer que C tiene buenas razones para creer que A tiene buenas razones para creer que *p*». Esta fórmula muestra que la autonomía epistémica no se recupera consultando a más expertos; la dependencia simplemente se prolonga, a veces indefinidamente (12). En este contexto, la trazabilidad opera como un instrumento para reconstruir la autoridad epistémica: permite seguir las huellas de quién sabe qué, quién respalda a quién y sobre qué bases se sostiene la creencia final. Cuando esa cadena se vuelve opaca –cuando el profano no puede identificar qué experto tiene buenas razones para creer qué– la deferencia racional del profano hacia el experto deja de ser posible. Por eso, en asuntos sobre los que existen buenas razones para pensar que hay una opinión experta, el ciudadano común reconoce que no debería –metodológicamente– formarse su propia opinión (13). Su postura racional será, casi siempre, la deferencia a la autoridad epistémica del experto. La autonomía intelectual del profano puede ser ilimitada, pero su auto-

(11) Hardwig, J., «Epistemic Dependence», en *The Journal of Philosophy*, vol. 82, núm. 7, 1985, pp. 335-349.

(12) «*B has good reasons for believing that C has good reasons for believing that A has good reasons for believing that p*». *Vid*. Hardwig, *op. cit.*, pp. 341 y ss.

(13) Hardwig, *op. cit.*, p. 343.

nomía epistémica es estructuralmente limitada: depende de poder rastrear la cadena de razones que sostiene la opinión experta (14). Finalmente, en la ciencia de la administración, las políticas contemporáneas de integridad pública utilizan la transparencia para promover la rendición de cuentas y la gobernanza democrática (15). Sin embargo, la transparencia por sí sola no evita la opacidad estratégica: amplía el campo de lo visible, pero suele dirigir la atención hacia lo que se quiere mostrar, dejando fuera de foco aquello que se prefiere mantener oculto (16). La trazabilidad opera en un plano distinto y más exigente: no se limita a exhibir el resultado final, sino que reconstruye el proceso que lo generó –la llamada huella normativa–, permitiendo identificar quién intervino, cuándo, con qué información y bajo qué influencias. Esta lógica se materializa en instrumentos como las agendas públicas obligatorias, los registros de reuniones con grupos de interés, los sistemas de control de *lobbies* y la documentación de los procesos regulatorios, que convierten en objeto de escrutinio aquello que de otro modo quedaría sumido en la opacidad administrativa (17). Pese a su diversidad, todas estas disciplinas comparten una misma estructura: comprender un resultado exige reconstruir el proceso que lo generó. Sobre esta base interdisciplinaria, el derecho penal puede importar legítimamente la lógica de la trazabilidad para analizar la ignorancia deliberada: no para acceder al mundo interno del sujeto, sino para reconstruir, a partir de huellas epistémicas objetivables, la gestión del vacío cognitivo y determinar si esa gestión creó o incrementó un riesgo penalmente relevante. La trazabilidad cognitiva no es una metáfora improvisada ni una categoría dogmática tradicional, sino un mecanismo científico maduro cuya función hermenéutica –hacer visible un proceso que no puede observarse directamente– la convierte en la herramienta adecuada para abordar un fenómeno que consiste, precisamente, en un proceso epistémico invisible: la administración consciente del no-saber.

---

(14) Hardwig, *op. cit.*, p. 340.

(15) Ponce Solé, J., *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa: un análisis empírico de la informalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 113 y ss.

(16) Bovensiepen, J., y Pelkmans, M., «Dynamics of wilful blindness: An introduction», en *Critique of Anthropology*, vol. 40, núm. 4, 2020, pp. 387-402 (p. 392).

(17) En materia de *lobby*, la trazabilidad se expresa en la huella legislativa: un enfoque de apertura y divulgación que documenta el proceso de influencia y decisión pública, más allá de la mera existencia de una ley de transparencia. *Vid*. Laboutková, Š.; Šimral, V., y Vyměťal, P., *Transparent Lobbying and Democracy*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020, pp. 111 y ss.

III. IMPORTACIÓN AL DERECHO PENAL: DEFINICIÓN DE LA TRAZABILIDAD COGNITIVA

La trazabilidad cognitiva constituye el núcleo conceptual de esta propuesta (18). No se presenta como una metáfora, sino como un dispositivo hermenéutico que, en los casos de ignorancia deliberada, permite reconstruir el trayecto epistémico que condujo al sujeto al vacío cognitivo que él mismo configuró. En consecuencia, su función no es inferir conocimiento positivo ni atribuir estados internos, sino delimitar la arquitectura del no-saber que el propio sujeto diseñó y reconstruir el contenido cognitivo imputable sobre el cual la imputación podrá operar (19). La trazabilidad trabaja sobre rastros, no sobre psicología; sobre procesos dinámicos, no sobre estados mentales estáticos. Esta operación no surge *ex nihilo*: elementos de trazabilidad ya aparecen, aunque dispersos y sin reconocimiento propio, en la práctica judicial cuando se valoran indicios, se formulan inferencias o se construye la imputación. Lo que aquí se propone es otorgar autonomía conceptual a esa función reconstructiva, distinguiéndola de la prueba de indicios –que acredita hechos externos–, del juicio de inferencia –que deduce el estado epistémico– y de la imputación –que atribuye el contenido subjetivo relevante desde criterios normativos–. La trazabilidad cognitiva incorpora una valoración epistémica interna al proceso reconstructivo –una jerarquización de huellas– que no debe confundirse con la valoración normativa decisoria propia de la inferencia y la imputación. La primera simplemente organiza el trayecto epistémico potencialmente penal; la segunda atribuye el estado subjetivo relevante. La trazabilidad cognitiva introduce así un orden metodológico entre estos ejercicios, evitando solapamientos y saltos interpretativos no explicitados, y permitiendo que la imputación subjetiva se apoye en un trayecto epistémico reconstruido, ordenado y

(18) La trazabilidad abre un territorio nuevo en la teoría del delito: ofrece un método general para reconstruir procesos de riesgo y trayectos epistémicos relevantes en la imputación penal. Identifica las huellas que el propio sujeto –natural o jurídico– dejó al configurar su conducta. Su función es estrictamente reconstructiva: no atribuye responsabilidad, sino que ordena y transparenta el razonamiento que permitirá inferir e imputar. En este trabajo su alcance se limita a la ignorancia deliberada –de allí la expresión trazabilidad cognitiva–, aunque en su sentido pleno constituye un marco transversal aplicable al paso previo de cualquier imputación, sea objetiva o subjetiva.

(19) Además, la trazabilidad cognitiva permite distinguir entre una ignorancia espontánea –fruto de descuido o desatención– y una ignorancia construida, resultado de estrategias orientadas a evitar la información que habría permitido conocer el riesgo penalmente relevante.

controlable (20). En consecuencia, su naturaleza es la de una regla reconstructiva pre-inferencial y pre-imputativa, que ofrece una vía rigurosa para comprender la ignorancia deliberada sin recurrir a ficciones cognitivas ni a expansiones indebidas de la imputación.

III.1 **Objeto: las huellas epistémicas que revelan la gestión del no-saber**

El objeto de la trazabilidad cognitiva en la ignorancia deliberada no es el conocimiento, sino la forma en que el sujeto administró su propio desconocimiento. Para ello se centra en las huellas epistémicas que dejan sus elecciones cognitivas y que permiten reconstruir cómo gestionó su propio vacío cognitivo. Entre estas huellas se encuentran las decisiones obstructivas –actos deliberados que bloquean o desvían el acceso a información relevante, como no preguntar, no verificar, no consultar o no abrir una fuente disponible–; las omisiones significativas, que revelan una renuncia consciente a informarse –no revisar documentos accesibles, no atender señales evidentes, no completar controles mínimos–; las señales ignoradas, indicadores externos percibidos pero no procesados –advertencias, anomalías, inconsistencias o alertas formales e informales–; las rutas cognitivas evitadas, caminos epistémicos posibles que el sujeto descarta deliberadamente –no acudir a una fuente accesible, no realizar una comprobación elemental, no seguir un protocolo informativo–; y los patrones de evitación, donde la clave reside en la acumulación estructurada de microelecciones que revelan un diseño estratégico del vacío cognitivo. Esta constelación de decisiones, omisiones, señales desatendidas y rutas evitadas permite reconstruir el trayecto epistémico completo que configura la postura cognitiva del sujeto en función de su rol, de los deberes que recaían sobre él o de la sospecha razonable de un escenario de nocividad social (21), y muestra cómo se construyó el no-saber que luego será objeto de imputación. Estas huellas describen el nivel micro del

(20) Reconocer autonomía conceptual a la trazabilidad cognitiva sigue una lógica ya presente en la evolución de otras categorías jurídicas: del mismo modo que la función valorativa adquirió estatus propio al separarse de las normas primaria y secundaria, aquí se explicita una función reconstructiva que existe en la práctica judicial, pero permanece dispersa entre indicios, inferencia e imputación.

(21) La referencia a una «sospecha razonable de un escenario de nocividad social» no equivale al umbral cognitivo del dolo eventual. En este contexto, no se trata de una sospecha autónoma ni decisoria, sino de un indicio mínimo (olfatos, corazonadas, presentimientos, etcétera) que, por sí solo, carece de relevancia para la imputación dolosa. Su función en la ignorancia deliberada es distinta: actúa como señal que activa el deber de indagación y permite identificar, dentro de un patrón más amplio de evita-

proceso; el siguiente epígrafe aborda su clasificación estructural en modalidades generales del vacío cognitivo.

III.2 **Mapa de los vacíos cognitivos trazables**

La literatura previa ha identificado diversas modalidades de desconocimiento provocado que permiten delimitar los supuestos en los que la reconstrucción del trayecto epistémico resulta relevante. En una propuesta anterior se distinguieron tres formas típicas de generación del vacío cognitivo: (i) la interrupción del flujo informativo, mediante la cual el sujeto impide el ingreso de información relevante; (ii) la incorporación de información incorrecta, que supone permitir la contaminación del propio acervo cognitivo con datos erróneos; y (iii) la degradación del conocimiento, derivada de la falta de actualización del saber hasta su obsolescencia (22). Estas modalidades describen el nivel estructural del vacío cognitivo y permiten clasificar los mecanismos mediante los cuales el sujeto configura un estado epistémico defectuoso, sin incorporar las motivaciones morales o estratégicas del autor (23). La trazabilidad cognitiva reconstruye cómo el sujeto gestionó su vacío cognitivo, no por qué lo hizo: las razones personales que pudieron motivar la evitación del conocimiento no integran el contenido cognitivo imputable, del mismo modo que las motivaciones no forman parte del dolo entendido como conocimiento positivo (24). En una línea similar, Hellman

---

ción, la gestión estratégica del vacío cognitivo. Solo en ese contexto adquiere sentido, como parte del proceso reconstructivo que revela cómo el sujeto construyó su no-saber.

(22) VARELA, *op. cit.*, 2016, pp. 637-638.

(23) La exclusión de las motivaciones personales no niega su posible valor indiciario, pero sí reconoce que no forman parte del contenido cognitivo reconstruible para la imputación. Frente a las concepciones que incorporan elementos morales o volitivos en la configuración del estado epistémico, la trazabilidad cognitiva se limita a los procesos de gestión del no-saber. Como advierte Sherrin, exigir prueba de la motivación implicaría demostrar «el catalizador mental invisible de una elección mental invisible», algo prácticamente imposible en la práctica judicial. Pese a ello, el propio autor propone incluir la motivación de defraudar a la Administración de Justicia dentro del concepto de ignorancia deliberada, lo que exigiría acreditar ese extremo subjetivo y reduciría notablemente el alcance operativo de la figura. *Vid*. SHERRIN, *op. cit.*, pp. 726-727, 737, 741.

(24) Feijoo Sánchez ha señalado que muchos casos tratados como ignorancia deliberada son en realidad supuestos de «ceguera moral»: el sujeto ya conoce suficientemente el hecho, pero procura distanciarse emocional o moralmente de su significado para seguir actuando sin experimentar culpa. Ese autoengaño –evitar pensar, no querer saber más, neutralizar el impacto jurídico del conocimiento– no elimina la representación ya adquirida ni convierte el caso en desconocimiento real. En el sistema español, esta ceguera moral no constituye ignorancia deliberada, sino dolo (directo o eventual),

(2009) propone desplazar la atención desde el momento del hecho hacia el proceso previo de formación –o deformación– del estado epistémico del autor (25). Este enfoque permite distinguir la ignorancia fingida de la ignorancia meramente necia: cuando la falta de conciencia no ha sido cultivada ni podía remediarse con facilidad, no hay ceguera reprochable; cuando el sujeto decide no investigar pese a la disponibilidad de información o cultiva una forma de parcialidad epistémica injustificada, la ignorancia resultante es imputable. La noción de parcialidad epistémica (*epistemic partiality*) funciona como un mecanismo transversal que puede operar dentro de cualquiera de las tres modalidades estructurales mencionadas y permite describir tanto la ausencia de conocimiento en el momento del hecho como el proceso previo que la generó. Esta lógica también explica fenómenos corporativos, como estructuras diseñadas para impedir que la información relevante llegue a los niveles directivos (26). Precisamente aquí la trazabilidad cognitiva muestra su utilidad: permite reconstruir los trayectos epistémicos, identificar qué tipos de vacío cognitivo son imputables y ofrecer una tipología operativa para jueces y dogmáticos.

IV. LA TRAZABILIDAD COGNITIVA COMO *ESLABÓN PERDIDO* ENTRE LA SUBJETIVIDAD DEL AUTOR Y LA IMPUTACIÓN

La trazabilidad cognitiva opera en un plano previo al juicio de inferencia y a la imputación. No busca atribuir responsabilidad ni

---

pues el sujeto mantiene una representación mínima pero penalmente relevante del hecho típico. *Vid.* Feijoo Sánchez, *op. cit.*, pp. 16 y ss. También, González Lillo, *op. cit.*, pp. 207 y ss. Una línea que defiende la relevancia de las motivaciones morales para fundamentar la *willful blindness* puede verse en Williams, G. Ll., *Criminal law. The General Part*, 2.º ed., Stevens & Sons Limited, Londres, 1961, p. 159 («para engañar a la administración de justicia»); Sherrin, *op. cit.*, pp. 730, 741 (citando a Husak y Callender, la ignorancia deliberada permite «abarcar las acciones de los sinvergüenzas intrigantes cuya falta de conocimiento es más técnica que real»); Pawlik, *op. cit.*, pp. 362 y ss., 391, 394, *passim*; y Jakobs, *op. cit.*, pp. 516 y ss. Un análisis crítico detallado en, Varela, *op. cit.*, 2016, pp. 638 y ss., 641 y ss.

(25) Hellman, *op. cit.*, p. 315.

(26) Hellman, *op. cit.*, p. 315 (citando a Luban). Como señala Nieto Martín, la expansión de los deberes derivados de la autorregulación obliga a considerar el desconocimiento deliberado como una modalidad autónoma de dolo en el derecho penal europeo. En ámbitos como la corrupción o el blanqueo, las infracciones graves del deber de saber de los administradores no deberían recibir el tratamiento más benigno propio de la imprudencia. *Vid.* Nieto Martín, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», en *Política Criminal*, núm. 5, 2008, A3-5, pp. 1-18 (pp. 12-13).

reconstruir estados mentales, sino reconstruir el trayecto epistémico que condujo al vacío cognitivo. En este sentido, funciona como un eslabón metodológico entre la subjetividad del autor y la imputación jurídica: mientras la imputación se concentra en el momento del hecho para determinar el contenido subjetivo relevante, la trazabilidad reconstruye el proceso previo mediante el cual el sujeto llegó a situarse en un estado de desconocimiento jurídicamente significativo. En cualquier modelo racional de prueba –descriptivista o normativista– la secuencia metodológica es la misma: (1) se acreditan hechos externos mediante indicios; (2) se formula un juicio de inferencia sobre esos indicios; (3) se obtiene un resultado inferido, que en el modelo descriptivista adopta la forma de un estado epistémico y en el modelo normativista se expresa como un indicador normativo; y (4) se describe el estado mental probado (descriptivista) o se atribuye el contenido subjetivo relevante conforme al criterio normativo aplicable (normativista). Los indicios constituyen el insumo y la inferencia es la operación; lo que varía es el tipo de resultado que se infiere. En el enfoque descriptivista, ese resultado es un estado mental reconstruido –una ficción jurídica controlada y consensuada como tal–; en el enfoque normativista, es un indicador normativo que sirve como criterio de atribución (27). Dado el objeto de esta investigación, el análisis se centrará en el modelo normativo de imputación, que permite aislar el problema central: la imputación de la ignorancia deliberada solo puede operar con un grado razonable de asertividad si incorpora un mecanismo previo que reconstruya el trayecto epistémico del sujeto. La trazabilidad cognitiva cumple precisamente esa función pre-imputativa: identifica microdecisiones, omisiones significativas y rutas cognitivas evitadas que explican cómo el sujeto llegó a situarse en un estado de desconocimiento imputable. No sustituye a la imputación, pero la hace posible y la legitima, proporcionando el contenido epistémico que la valoración normativa necesita para atribuir.

IV.1 **Modelo actual de imputación de la ignorancia deliberada: prueba de indicios, proceso inferencial e imputación**

El modelo actualmente empleado para imputar ignorancia deliberada se articula en tres niveles: la prueba de indicios, el juicio de infe-

(27) Sobre el «sentido social» como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo, Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 323 y ss.

rencia y la imputación (28). Aunque estos niveles guardan cierta continuidad funcional *ex post*, no operan en el mismo plano ni persiguen el mismo objeto: cada uno cumple una función distinta dentro del razonamiento probatorio y produce un tipo de conclusión diferente. A continuación, se analizan estos tres niveles.

IV.1.a La prueba de indicios

La prueba de indicios acredita hechos externos que funcionan como hechos base (29). Estos hechos pueden provenir de prueba directa o indirecta, pero el indicio es siempre un dato periférico que sirve de soporte para la inferencia (30). Su finalidad es fijar, a partir de elementos objetivos, qué ocurrió en el mundo (31). En la prueba del dolo –y, por extensión, de la ignorancia deliberada– no se acredita directamente un estado mental, sino hechos externos que permiten inferirlo: indiferencia ante el riesgo, señales no atendidas, alertas desoídas, creencias erróneas, omisiones significativas, entre otros (32). Aunque la jurispru-

(28) Un repaso crítico sobre la diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de prueba de la ignorancia deliberada y el dolo en, Ragués i Vallès, *op. cit.*, 2024 (también, *op. cit.*, 2007 y 1999); Rodríguez Mourullo, G., «La doctrina de la ignorancia deliberada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en De Vicente Remesal, J., Díaz y García Conlledo, M. y otros (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. 1, Madrid, Editorial Reus, 2020, pp. 997-1009; Jaén Vallejo, M., «Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 100, 2010, pp. 205-221.

(29) La prueba de indicios recae «sobre sobre hechos periféricos, que, por tanto, ayuda[n] a aprehender los hechos principales –los elementos típicos–». *Vid*. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia: Análisis funcional desde el Derecho penal*, 1.º ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 193 y ss.

(30) De Miranda Vázquez, C., «Prueba directa vs. prueba indirecta (un conflicto inexistente)», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015, pp. 73-100 (pp. 76 y ss.).

(31) La STS 714/2006, del 29 de Junio. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca (ECLI: ES: TS:2006:714) señala en su F. J. Tercero que la «prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) parta de hechos plenamente probados y b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano […]».

(32) Ragués i Vallès, *op. cit.*, 2007, pp. 211, *passim*; Miró Llinares, F., «Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna», en *Revista Penal México*, núm. 8, 2015, pp. 141-159 (pp. 154 y ss.). Según Pérez Barberá, elementos como la indiferencia, el egoísmo, la desconsideración o cualquier otra motivación éticamente reprochable no forman parte del fundamento conceptual del dolo, sino que actúan solo como epifenómenos. Desde el punto de vista probatorio, pueden funcionar como indicios que apoyan la plausibilidad de una imputación dolosa, igual que ocurre con la intención, la confianza en evitar el resultado, la entidad del peligro creado o la obviedad de ciertos

dencia suele denominarlos «indicios objetivos», en realidad son indicios subjetivos externalizados: rastros conductuales, contextuales o decisionales que revelan cómo el sujeto gestionó su propio estado epistémico (33). No se trata de datos neutros, sino de huellas externas que permiten reconstruir la administración del conocimiento o desconocimiento por parte del autor. Precisamente por ello, estos indicios constituyen el insumo natural para la trazabilidad cognitiva, que opera sobre la secuencia de decisiones que configuraron el vacío cognitivo.

IV.1.b El juicio de inferencia

El juicio de inferencia es la operación lógica mediante la cual el tribunal conecta los hechos base con un hecho consecuencia (34). En

---

rasgos del hecho. Todos estos datos –internos o externos– pueden servir como indicadores de la presencia o ausencia de dolo, pero ninguno integra su contenido conceptual. *Vid*. Pérez Barberá, G., «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», en *En Letra: Derecho Penal*, año VI, núm. 11, 2021, pp. 91-139 (pp. 106-107). En similar sentido, desde la concepción significativa de la acción, Vives Antón entiende el dolo en términos estrictamente normativos: para determinar si hubo una intención concreta, no se trata de indagar en la mente del autor, sino de analizar las reglas sociales y jurídicas que definen la acción y relacionarlas con sus competencias técnicas. Solo a partir de sus manifestaciones externas –lo que sabía hacer, lo que podía prever o calcular– puede reconstruirse el contenido cognitivo y volitivo relevante y, con ello, su intención expresada en la conducta. *Vid*. Vives Antón, T. S., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 238, 247 y ss., 252 y ss.; Ramos Vázquez, J. A., «Un ´proceso interno´ necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo», en Carbonell Mateu, J. C., González Cussac, J. L. y otros (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, vol. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1639-1654.

(33) El Tribunal Supremo ha reiterado que el dolo no puede acreditarse mediante prueba directa, porque la intención pertenece al ámbito interno del sujeto (al «arcano profundo y escondido del alma humana»). Por ello, el elemento subjetivo solo puede deducirse –nunca suponerse– a partir de hechos indiciarios plenamente acreditados. La convicción judicial debe formarse mediante una inferencia racional basada en circunstancias externas anteriores, coetáneas o posteriores al hecho: el modo de actuar, el lugar, la finalidad, las condiciones personales del autor y cualquier dato objetivo que permita reconstruir de manera lógica y no arbitraria el propósito con el que actuó. *Vid*., entre otras, las STS 15087/1992, del 29 de enero. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz (ECLI: ES: TS:1992:15087), F. J. Segundo; STS 11163/1991, del 02 de abril. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz (ECLI: ES: TS:1991:11163), F. J. Cuarto; STS 9134/1991, del 12 de febrero. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz (ECLI: ES: TS:1991:9134), F. J. Segundo.

(34) Como lo señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *op. cit.*, pp. 193 y ss.: «En segundo término, la sentencia ha de recoger –se exige, asimismo– de forma objetiva, expresa y particularizada, el completo proceso deductivo, es decir, cómo el juz-

la prueba de la tipicidad subjetiva, esta operación permite inferir un estado cognitivo: que el sujeto sabía, no sabía o aceptó un riesgo. Se trata de una operación valorativa y conclusiva; el momento decisorio del razonamiento probatorio y constituye el umbral epistémico a partir del cual puede operar la imputación. Por eso mismo, de forma sintética la doctrina señala que el dolo solo puede probarse «tras un proceso de deducción» o mediante «un proceso de inferencia» (35). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido los requisitos indispensables para que la prueba indiciaria y el juicio de inferencia operen válidamente (36): (a) los hechos base deben estar plenamente acreditados; (b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse de esos hechos base probados; (c) el órgano judicial debe exteriorizar el razonamiento que conecta hechos base y hechos consecuencia, permitiendo comprobar su razonabilidad; y (d) dicho razonamiento debe apoyarse en las reglas de la lógica y de la experiencia común.

IV.1.c El proceso de imputación

La imputación es el momento normativo del razonamiento subjetivo: no describe un estado mental, sino que califica jurídicamente el resultado del juicio de inferencia como dolo, ignorancia deliberada o imprudencia (por el contrario, tal como se señaló, el juicio de inferencia, que es epistémico, concluye que el sujeto «sabía», «no sabía» o «aceptó el riesgo») (37). En el derecho comparado –especialmente, en el ámbito angloamericano–, esta función se expresa en el *constructive knowledge*, que atribuye conocimiento a partir de circunstancias que habrían puesto en aviso a una persona razonable (38). Se trata de un estándar normativo que prescinde de acreditar un estado mental efec-

---

gador, partiendo de unos determinados indicios, llega a la conclusión de que los elementos típicos estarían probados. Una suerte de motivación reforzada. Este proceso argumental habrá de ser lógico y responder a las máximas de la experiencia».

(35) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

(36) STC núm. 109/2009, del 11 de mayo. Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas (ECLI: ES: TC:2009:109), F. J. Tercero. Doctrina jurisprudencial desde la STC 174/1985, del 17 de diciembre. Ponente: Ángel Latorre Segura (ECLI: ES: TC:1985:174), F. J. Sexto.

(37) Para el juicio de imputación se propone un baremo subjetivo formulado como la «mejor versión del autor», en contraste con el estándar objetivista de la persona razonable. Este baremo funciona como criterio normativo para valorar la representación que el propio sujeto podía y debía alcanzar según sus capacidades, conocimientos previos y horizonte epistémico personal, evitando recurrir a modelos ideales ajenos a su subjetividad. *Vid*. Varela, *op. cit.*, 2016, pp. 392 y ss., 417 y ss.

(38) *Vid*. Edwards, *op. cit.*, pp. 298 y ss.

tivo y que descansa en la evitabilidad objetiva del desconocimiento. Este enfoque revela un problema estructural: la falta de acceso directo a los estados internos obliga a recurrir a indicios circunstanciales, lo que facilita que la ignorancia deliberada se utilice como sustituto probatorio del conocimiento (39). En tales escenarios, la figura puede operar como una presunción de dolo construida a partir de sospechas o indicios subjetivos, con el riesgo de erosionar la presunción de inocencia e invertir la carga probatoria (40). Como advierte Gilchrist (2021), esta deriva incrementa el riesgo de error, pues la frontera entre el conocimiento y la imprudencia es gradual y la ceguera voluntaria puede funcionar como una heurística que empuja hacia la atribución de dolo incluso cuando el caso encajaría mejor en la imprudencia; esto es, una especie de expansión interpretativa de la ceguera voluntaria como una analogía *in contra reo* (41). Tratar la ignorancia deliberada como una categoría intermedia o como un sustituto del conocimiento distorsiona el espectro real entre el saber y el no saber (42). Por ello, más que una regla de prueba, la ignorancia deliberada debe entenderse como un estado cognitivo imputable por evitabi-

(39) *Vid*. Sherrin, *op. cit.*, pp. 709-710, nota al pie 5.

(40) Las presunciones no son inferencias probatorias, sino reglas de juicio que predeterminan el resultado y distribuyen el riesgo del error judicial. No operan como máximas de experiencia ni como procedimientos inductivos. Confundirlas implica borrar la frontera entre razonamiento epistémico y mandato normativo, oscureciendo así la estructura misma del razonamiento judicial. Sobre los problemas de garantía que presentan las presunciones y prueba del dolo, Feijoo Sánchez, *op. cit.*, pp. 7-8 y ss.; Pérez Manzano, M., «La delimitación entre prueba y subsunción del dolo en Derecho penal económico: el caso de los testaferros», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 327-269 (pp. 336, 345). Asimismo, Borges Terra (2025) advierte que esta construcción dogmática permite soslayar la acreditación de la responsabilidad subjetiva, generando en la práctica una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de quienes alegan desconocimiento dentro de entornos marcados por la clandestinidad o por una legalidad incierta. *Vid*. Borges Terra, L., «La ignorancia deliberada en España: un pasado olvidado y un presente sin demasiada deliberación», en *Revista Ius Criminale*, núm. 3, 2025, pp. 171-198 (pp. 190 y ss.).

(41) Gilchrist, G. M., «Willful Blindness as Mere Evidence», en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 54, núm. 2, 2021, pp. 405-454 (pp. 450 y ss., 407).

(42) En lugar de tratar la ceguera voluntaria como un sustituto del conocimiento, Gilchrist propone entenderla únicamente como evidencia circunstancial desde la cual inferir conocimiento real. Esta concepción –ya defendida por el juez Kennedy en *Jewell*– evita los problemas de legalidad asociados a usar la ignorancia deliberada como «equivalente funcional» del conocimiento y no altera sustancialmente los resultados prácticos: cuando los hechos son sólidos, el conocimiento suele inferirse igual. Concebida como mera evidencia, la ceguera voluntaria deja de distorsionar el estándar de conocimiento y pasa a ser simplemente un indicio más dentro del proceso probatorio. *Vid*. Gilchrist, *op. cit.*, p. 415.

lidad, cuya función es delimitar cuándo el sujeto se colocó en situación de desconocer aquello que debía saber, evitando que la figura se convierta en un atajo procesal (43). Como señala Ragués i Vallès (2007), algunos alegatos de desconocimiento provocado no superan el filtro de verosimilitud indiciaria, mientras que otros pueden resultar plausibles (44). Esta constatación revela que la inverosimilitud, por sí sola, no basta para imputar conocimiento: el juicio de verosimilitud no sustituye la necesidad de un sustento epistémico positivo que permita atribuir al sujeto el contenido cognitivo relevante. En la misma línea, la doctrina ha advertido que una imputación por dolo eventual no puede apoyarse únicamente en la sospecha de que la ignorancia alegada es improbable, ni en la hipótesis –no acreditada– de que el agente ya estaba al tanto de las circunstancias del caso. Precisamente ese conocimiento previo es lo que debe probarse (45). De ahí que los casos de ignorancia deliberada no puedan resolverse solo en sede probatoria: requieren una discusión conceptual previa que determine qué trayectos epistémicos son penalmente relevantes y cuáles no (46).

IV.2 **Modelo propuesto del *iter ordinatus* de la imputación subjetiva: indicios, trazabilidad cognitiva, inferencia e imputación**

El modelo metodológico que se propone para imputar ignorancia deliberada se articula en un *iter ordinatus* (47), entendido como un proceso secuencial metodológico de cuatro niveles:

(1) Prueba de indicios, que acredita hechos externos (plano probatorio fáctico);

(2) Trazabilidad cognitiva, que reconstruye el trayecto epistémico del no-saber (plano hermenéutico y de valoración epistémica estructural);

---

(43) Varela, *op. cit.*, 2016, pp. 636 y ss.

(44) Ragués i Vallès, *op. cit.*, 2007, p. 129.

(45) *Vid*. González Lillo, D., «La ignorancia deliberada frente al dolo y la imprudencia: una propuesta de delimitación conceptual», en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 19, núm. 38, 2024, pp. 407-436 (p. 411).

(46) Ragués i Vallès, *op. cit.*, 2007, p. 129.

(47) En este texto se emplea la expresión *iter ordinatus* (camino ordenado) como fórmula latina técnica para designar el recorrido metodológico ordenado entre prueba, trazabilidad, inferencia e imputación. No se trata de una locución clásica, sino de una construcción neolatina morfológicamente correcta que expresa con precisión el sentido conceptual que aquí se pretende.

(3) Juicio de inferencia, que atribuye un estado cognitivo (plano valorativo epistémico conclusivo);

(4) Imputación, que califica normativamente ese estado cognitivo (plano valorativo jurídico).

Este modelo delimita un espacio propio para la trazabilidad cognitiva y evita que la inferencia quede expuesta a sesgos, o que la imputación derive en un salto arbitrario o funcione de manera mecánica, aplicando ignorancia deliberada ante supuestos de inverosimilitud del desconocimiento o para dar mayor peso a la condena por dolo (48). La trazabilidad garantiza que la imputación subjetiva sea el resultado final de un razonamiento epistémico ordenado, transparente y controlable. La necesidad de reconstruir de manera explícita el razonamiento judicial en los casos de prueba indiciaria ha sido reforzada por la reciente doctrina del Tribunal Supremo. En su nota informativa de 2019, la Sala de lo Penal fijó veinte criterios orientativos destinados a asegurar que la condena basada en indicios respete la presunción de inocencia y se sustente en un proceso inferencial racional y verificable (49). Entre ellos destacan la prohibición de confundir indicios con meras sospechas, la exigencia de motivar la relevancia probatoria de cada indicio, la necesidad de un enlace lógico entre hechos base y hechos consecuencia y la obligación de exteriorizar el juicio de inferencia para permitir su control externo. El Tribunal Supremo subraya que la racionalidad de la inferencia debe ser comprobable y que la hipótesis acusatoria solo puede prevalecer cuando presente una «probabilidad prevaleciente» frente a las alternativas explicativas (50). Esta doctrina fija las condiciones mínimas de racionalidad inferencial,

(48) Como advierte Ragués i Vallès, *op. cit.*, 2024, p. 428, esta categoría suele invocarse únicamente «a mayor abundamiento»: es decir, en casos en los que el Tribunal ya aprecia formas más convencionales –y, si se quiere, más acabadas– de dolo, y la referencia a la ignorancia deliberada se incorpora solo para reforzar que, incluso bajo esa figura, el sujeto igualmente merecería una condena por delito doloso.

(49) Nota informativa correspondiente a la STS 3504/2019, del 04 de noviembre. Ponente: Vicente Magro Servet (ECLI: ES: TS:2019:3504), alojada en el sitio web oficial del Poder Judicial.

(50) En 2024 la Sala Segunda ha reafirmado que el control casacional no consiste en reconstruir los hechos, sino en verificar la racionalidad epistémica del razonamiento judicial. La prueba indiciaria –señala– debe valorarse por la coherencia lógica del conjunto y por su capacidad para descartar hipótesis alternativas y alcanzar una conclusión cerrada. *Vid*. STS 830/2024, del 03 de octubre. Ponente: Javier Hernández García (ECLI: ES: TS:2024:830). Esta concepción de la inferencia como operación compleja, que exige motivación reforzada y control externo, coincide con la necesidad de una metodología que ordene el tránsito desde los hechos externos hasta la atribución del estado cognitivo. A esa exigencia responde el *iter ordinatus*, que distingue entre la acreditación de comportamientos observables (prueba de indicios), la reconstrucción del

pero no explica cómo debe reconstruirse el desconocimiento ni cómo se articula su relevancia penal (51). Para ello se requiere una metodología específica que ordene el análisis subjetivo y haga trazable el razonamiento judicial. Ese es precisamente el propósito del *iter ordinatus*: integrar la prueba de indicios, la trazabilidad cognitiva, la inferencia y la imputación en un proceso único y secuencial que permita determinar, con garantías epistémicas reforzadas, cuándo el sujeto configuró un estado de desconocimiento imputable.

IV.2.a Análisis de contraste entre la trazabilidad cognitiva y la prueba de indicios, la inferencia y la imputación

La trazabilidad cognitiva es una operación hermenéutica y de valoración epistémica estructural que reconstruye el trayecto del no-saber a partir de hechos ya acreditados. Su objeto no es un estado mental aislado, sino el proceso mediante el cual el sujeto llegó a situarse en un desconocimiento que podía y debía evitar. Para operar, requiere un mínimo probatorio: comportamientos externos que revelen cómo el autor gestionó –o dejó de gestionar– sus incumbencias epistémicas. Sin ese mínimo, no hay trazabilidad posible. Este punto marca la diferencia con la prueba de indicios. Los indicios acreditan hechos externos; la trazabilidad no acredita hechos, sino que los ordena e interpreta para reconstruir la gestión del no-saber. Mientras ciertos enfoques de la prueba indiciaria intentan demostrar que el sujeto sabía o sospechaba –apelando a presunciones, verosimilitudes o inferencias psicológicas–,

---

trayecto epistémico del autor (trazabilidad cognitiva) y la valoración epistémica y normativa del desconocimiento resultante (inferencia e imputación).

(51) De hecho, la ausencia de un método claro ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a recurrir al principio de ignorancia deliberada como criterio de atribución del dolo –al menos en su forma eventual– sin desmenuzar la cadena de indicios que permitiría inferir un desconocimiento provocado. Según este principio, quien opta por no saber lo que podía y debía conocer y actúa aprovechando esa ignorancia inducida responde como si hubiera sabido. Aunque muchos pronunciamientos del Tribunal mencionan los indicios, en la fundamentación suelen mezclarse los planos entre hechos acreditados e inferencias, de modo que las máximas de experiencia y las presunciones se presentan como si fueran datos fácticos. Así ocurre en razonamientos que, partiendo de hechos externos –cantidad de droga, trasvase en alta mar, ruta transatlántica o ausencia de petróleo en la embarcación–, los combinan con valoraciones sobre la lógica del narcotráfico o la inverosimilitud de la ignorancia para concluir que todos los tripulantes conocían y colaboraron en la operación (STS 3288/2024, del 05 de junio. Ponente: Susana Polo García. ECLI: ES: TS:2024:3288, F. J. Cuarto). Este solapamiento convierte la inverosimilitud en sustituto de prueba y diluye la frontera entre lo acreditado y lo deducido, generando una atribución de conocimiento que no se apoya en un trayecto epistémico reconstruible, sino en presunciones que exigirían una justificación metodológica adicional.

la trazabilidad no busca demostrar conocimiento, sino desvelar cómo el sujeto administró su desconocimiento: qué verificaciones omitió, qué señales ignoró, qué incumbencias epistémicas abandonó. Lo relevante no es la «indiferencia» psicológica, sino la evitabilidad subjetiva del déficit cognitivo autogestionado (52). La trazabilidad se distingue también del juicio de inferencia. La inferencia pertenece al plano interno del razonamiento judicial: es una operación valorativa epistémica conclusiva que conecta hechos base con hechos consecuencia y fija el estado cognitivo («sabía», «no sabía», «aceptó el riesgo»). Es un proceso mental, abstracto y vulnerable a sesgos cognitivos –anclaje, confirmación, disponibilidad, retrospectividad– que pueden contaminar la selección y conexión de los indicios (53). La trazabilidad, en cambio, es un proceso externo, visible y controlable: reconstruye, clasifica y ordena los factores indiciales antes de que el juez realice cualquier salto inferencial. Por eso actúa como antídoto epistémico: obliga a recorrer el camino antes de concluirlo. La diferencia con la imputación es igualmente decisiva. La imputación es una valoración normativa: califica jurídicamente el estado cognitivo inferido. La trazabilidad no atribuye dolo, ignorancia deliberada o imprudencia; prepara el terreno para que la imputación se apoye en un trayecto epistémico reconstruido y no en intuiciones internas del juzgador. Los criterios del Tribunal Constitucional sobre prueba indiciaria –exteriorizar hechos base, explicar el razonamiento, asegurar la lógica y la experiencia– apuntan precisamente a esta necesidad de reconstrucción explícita, aunque no proporcionan una metodología para hacerlo. La trazabilidad

(52) González Lillo, *op. cit.*, 2024, p. 427, sostiene que, en la ignorancia deliberada imputable, lo verdaderamente relevante es que el agente haya orientado sus esfuerzos en sentido contrario al comportamiento diligente exigible a cualquiera situado en su posición. Esas maniobras –que también deben ser acreditadas– evidencian una preocupación activa por mantenerse en la ignorancia respecto de circunstancias típicamente relevantes.

(53) Esta vulnerabilidad del plano inferencial no es solo teórica: en la criminalidad económica se ha documentado que, ante casos complejos, los jueces tienden a apoyarse en atajos cognitivos –anclaje, confirmación, representatividad, disponibilidad, retrospectividad– que distorsionan la valoración probatoria y la conexión entre hechos base y hechos consecuencia. Estos sesgos operan en el momento del juicio de inferencia, no en la trazabilidad, que es un proceso externo y controlable. Precisamente por ello, la trazabilidad funciona como una «vacuna» epistémica: obliga al juez a reconstruir paso a paso la gestión del saber y del no saber antes de concluir, reduciendo el impacto de esos sesgos en la decisión final. *Vid*. Varela, L., «Biases in Judgment of White-Collar Crimes», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2018, pp. 47-82; también en Silva Sánchez, J.M., y Varela, L., «Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo», en *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Madrid, Editorial Edisofer, 2013, pp. 203-241.

cognitiva llena ese vacío: convierte en método lo que el Tribunal formula como exigencia abstracta y dota de estructura a la obligación de transparentar el razonamiento subjetivo. En los casos de ignorancia deliberada, esta distinción es especialmente crítica. Lo que está en juego no es lo que el sujeto sabía, sino cómo gestionó su propio vacío cognitivo. Sin trazabilidad, la inferencia puede atribuir evitación del conocimiento sin mostrar cómo llegó a esa conclusión. Con trazabilidad, el razonamiento probatorio deja de ser un espacio hermético y se vuelve auditable, replicable y justificable: permite identificar qué señales existían, qué incumbencias estaban activas, qué verificaciones se omitieron y qué posición de saber fue abandonada. En síntesis, la trazabilidad cognitiva opera como puente epistémico entre el plano externo (prueba de indicios) y el plano interno (inferencias e imputación). Garantiza que la inferencia no sea un salto arbitrario y que la imputación se apoye en una reconstrucción previa del trayecto epistémico del caso. La prueba de indicios no basta; la inferencia es vulnerable a sesgos; la imputación puede volverse opaca. La trazabilidad corrige este déficit estructural y permite delimitar qué formas de gestión del no-saber son jurídicamente relevantes.

IV.3 **La matriz epistémica de la trazabilidad: conocimiento positivo y desconocimiento activo**

La trazabilidad cognitiva reconstruye el trayecto epistémico del sujeto antes del juicio de inferencia. Para ello organiza los indicios en dos columnas que condensan la estructura cognitiva del caso. En la columna del conocimiento positivo se ubican los elementos que permiten afirmar, de manera preliminar y no conclusiva, que el sujeto sabía o sospechaba justificadamente aquello que debía conocer; es decir, señales que muestran que estaba en posición de saber y que su representación del hecho tenía un soporte cognitivo verificable. En la columna del desconocimiento activo se sitúan los factores que revelan que el sujeto no sabía, pero cuya ignorancia gestionó, toleró o mantuvo pese a tener incumbencias epistémicas de indagar, verificar o comprobar. Aquí se encuentran las omisiones de verificación, la ausencia de control y la renuncia a revisar aquello que debía ser revisado. La trazabilidad consiste en ordenar y categorizar estos elementos *prima facie*, sin valorarlos conclusivamente, aunque requiera un mínimo razonamiento lógico para ubicar cada indicio en la columna correspondiente. La trazabilidad obliga en muchos escenarios a formular preguntas pre-inferenciales: qué hizo el sujeto con la información que tenía junto con las señales que evitó (conversaciones técnicas en una reunión, contenido

de un escrito relevante que no leyó); si descartó todas esas señales –fuertes y débiles– sin comprobar; si las ignoró conscientemente; qué incumbencias epistémicas tenía y cuáles incumplió; si estaba en posición de deber saber; y si su desconocimiento era evitable. Las respuestas permiten ordenar el material para que el juez pueda razonar e inferir sin saltos arbitrarios. A continuación, se presenta la matriz epistémica de la trazabilidad, organizada en las dos columnas sobre las que se apoyará el juicio de inferencia y la posterior imputación subjetiva.

Tabla 1. Columnas de la trazabilidad

Conocimiento positivo: datos objetivos y subjetivos que indician saber	**Desconocimiento activo: datos objetivos y subjetivos que indician gestión del no-saber (≠ error vencible)**
Creencias justificadas por conocimientos técnicos, específicos o previos.	Estado de desconocimiento mantenido mediante la omisión de adquirir conocimiento técnico o específico que incumbía obtener.
Señales o advertencias externas fuertes sobre la existencia del riesgo, atendidas o integradas en la representación del sujeto.	Señales o advertencias externas fuertes sobre la existencia del riesgo, ignoradas y acompañadas de la infracción de una incumbencia elemental de averiguación.
Señales o advertencias internas fuertes sobre la existencia del riesgo, atendidas o integradas en la representación del sujeto.	Señales o advertencias internas fuertes sobre la existencia del riesgo, ignoradas y acompañadas de la infracción de una incumbencia elemental de averiguación.
Señales o advertencias externas débiles sobre la existencia del riesgo, consideradas o tenidas en cuenta.	Señales o advertencias externas débiles sobre la existencia del riesgo, ignoradas y acompañadas de la infracción de una incumbencia reforzada de verificación.
Señales o advertencias internas débiles sobre la existencia del riesgo, consideradas o tenidas en cuenta.	Señales o advertencias internas débiles sobre la existencia del riesgo, ignoradas y acompañadas de la infracción de una incumbencia reforzada de verificación.

Las señales externas provienen de advertencias, comunicaciones, acciones, situaciones y hechos del entorno. Las señales internas, en cambio, surgen de percepciones, intuiciones e impresiones cognitivas del propio sujeto: evocaciones de experiencias pasadas, presentimientos, asociaciones espontáneas o conclusiones lógicas que el sujeto elabora sobre hechos externos. Estas señales internas no implican acceder al mundo mental del sujeto ni reconstruir contenidos psicológicos: solo se incorporan en la medida en que dejan huellas externas verificables –declaraciones, comunicaciones, decisiones u omisiones– que permiten identificar cómo el propio sujeto gestionó su no-saber. La trazabilidad no trabaja con sueños, intuiciones o presentimientos en cuanto estados internos, sino con sus manifestaciones objetivables, evitando así cualquier forma de psicologismo o reconstrucción mental directa. Las señales –externas e internas– pueden ser fuertes o débiles. Las fuertes constituyen percepciones directas o advertencias significativas sobre la existencia del riesgo; las débiles son intuiciones vagas, indirectas o remotas. Esta distinción muestra que el conocimiento puede originarse tanto en lo externo como en lo interno, y que el desconocimiento gestionado puede consistir tanto en sofocar lo interno (la duda, la intuición, la llamada cognitiva) como en evitar lo externo (la advertencia, la comunicación, el alerta). A continuación, se ilustra el mapa de la trazabilidad cognitiva con un caso de blanqueo de capitales (54).

Tabla 2. Columnas de la trazabilidad en un blanqueo de capitales

Conocimiento positivo	**Desconocimiento activo**
Transferencias inusuales: Recepción de varias transferencias internacionales de alto monto desde jurisdicciones de riesgo, sin justificación económica clara; indicadores objetivos de un patrón de actividad económica irregular.	No verificación del origen; ausencia de solicitud de documentación y de indagación sobre la procedencia; no activación de controles elementales exigidos por la normativa.

(54) También, en esta forma de criminalidad, el Tribunal Supremo viene aplicando el principio de ignorancia deliberada como criterio de atribución de un dolo (al menos eventual). Así, la STS 225/2019, del 29 de enero. Ponente: Vicente Magro Servet (ECLI: ES: TS:2019:225), F. J. Vigésimo quinto.

Advertencias informales: Información brindada por un compañero («el cliente está siendo investigado» «esas cuentas son sospechosas»); señal informativa débil, pero relevante para incumbencias elementales de indagación.	Incumplimiento de diligencia reforzada; omisión de consulta de listas y bases de datos clave; incumplimiento de protocolos internos; indiferencia ante las alertas y banderas rojas.
Operaciones sin lógica comercial: Movimientos circulares de fondos sin contraprestación real; indicadores objetivos de un patrón de actividad económica irregular.	Ingeniería del vacío cognitivo, mediante división de operaciones, uso de intermediarios, evitación de rastro documental, delegación estratégica para no gestionar asuntos críticos.
Cuasi-indicios internos débiles: rumores, bromas, intuiciones vagas, sueños; no constituyen conocimiento técnico, pero fueron tenidos en cuenta.	Falta de control continuado: ignorancia de esas señales internas débiles, acompañada de la infracción de incumbencias reforzadas de verificación (ausencia de monitorización, no revisión de operaciones sospechosas, mantenimiento del vacío cognitivo).

IV.3.a El peso relativo de cada columna para la inferencia y la imputación

La imputación subjetiva dependerá del balance epistémico entre las dos columnas de la trazabilidad, tal como resulte del juicio de inferencia. No se trata de una operación matemática, sino de una ponderación normativa del trayecto epistémico del sujeto, previamente reconstruido mediante la trazabilidad. El peso epistémico de cada columna –su fuerza, claridad y densidad cognitiva– es lo que orienta la conclusión normativa (55). Cuando los elementos ubica-

(55) No se trata de sumar factores («tres conocimientos positivos y un desconocimiento activo = dolo eventual»), porque el peso de los elementos de cada columna es lo que determina si concurre conocimiento –y de qué tipo– o desconocimiento. La ponderación es cualitativa, no cuantitativa: un solo factor ubicado en la columna del desconocimiento activo puede pesar más que varios situados en la columna del conocimiento positivo, si estos últimos son débiles o insustanciales en comparación con aquel. Por el contrario, si tanto el conocimiento positivo como el desconocimiento activo resultan débiles o presentan un déficit epistémico significativo, lo más probable es que se trate de un supuesto de error venci-

dos en la columna del conocimiento positivo alcanzan el umbral de la incerteza penalmente relevante, la imputación puede sostenerse en esa sospecha fundada. Sin embargo, ello no implica que la columna del desconocimiento activo pierda relevancia: la ignorancia deliberada no es una categoría subordinada ni un recurso para suplir déficits probatorios. Puede poseer un peso epistémico equivalente o incluso superior al del dolo eventual, dependiendo de la magnitud de la evitación del saber (56). Por eso, incluso cuando existan indicios suficientes para el dolo eventual, la reconstrucción del desconocimiento activo puede ser necesaria para comprender la actitud cognitiva completa del sujeto. Por el contrario, cuando la columna del conocimiento positivo contiene solo señales débiles, ambiguas o insuficientes, la columna del desconocimiento activo puede adquirir protagonismo. Si allí se acumulan factores que revelan una gestión defectuosa, estratégica o deliberada del no-saber, entonces, la ignorancia deliberada emerge como categoría imputable: no porque equivalga al conocimiento, sino porque el sujeto se colocó en situación de no saber lo que debía saber, incumpliendo incumbencias epistémicas elementales. Un ejemplo permite ilustrarlo. Si el sujeto sueña reiteradamente que su conducta podría constituir un delito y un colega le hace una broma al respecto, estos elementos pueden considerarse cuasi indicios: informaciones informales, sin sustento técnico ni objetivo, que no satisfacen el estándar de creencia razonable y justificada. Por ello, en el juicio de inferencia no permitirían por sí solos sostener el tipo de conocimiento exigido para el dolo eventual. Sin embargo, si en la columna del desconocimiento activo aparecen señales contundentes de evitación del saber, estos cuasi indicios pueden convertirse –junto con los demás elementos del caso– en fuentes de incumbencias epistémicas: el sujeto tenía motivos para indagar y, sin embargo, decidió no verificar. Cada columna de la trazabilidad genera un juicio inferencial distinto, con su propia estructura epistémica.

---

ble o invencible; en este último caso, con la consiguiente ausencia de elementos para la imputación penal.

(56) Este argumento se distancia de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Así, en la citada STS 225/2019, de 29 de enero, F. J. Vigésimo quinto, donde se afirma que «es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada inserta en el dolo eventual», lo que supone una equiparación imputativa entre el conocimiento positivo y el desconocimiento activo, pese a tratarse de escenarios epistémicamente distintos. Lo verdaderamente discutible es, precisamente, esa equivalencia: asumir la concurrencia de un conocimiento efectivo en un escenario de desconocimiento implica mezclar planos y atribuir al acusado un contenido cognitivo que no ha sido reconstruido ni acreditado.

(i) *Juicio inferencial de la columna del conocimiento positivo*

La columna del conocimiento positivo reúne señales externas e internas que, aun siendo inciertas, son epistémicamente relevantes. El juicio inferencial que surge de esta columna es: «A partir de estos elementos, el sujeto tenía una representación cognitiva suficiente para integrar el riesgo en su horizonte mental». Este juicio no afirma certeza, sino la presencia de una incerteza penalmente relevante: «el sujeto no sabía con certeza, pero se representó la concurrencia del riesgo dadas las señales objetivas probadas». Cuando el conjunto de conocimientos positivos supera el umbral de la incerteza relevante, este juicio habilita la imputación por dolo eventual.

(ii) *Juicio inferencial de la columna del desconocimiento activo*

La columna del desconocimiento activo no muestra que el sujeto sabía, sino cómo gestionó su no-saber. El juicio inferencial correspondiente es: «El sujeto se colocó –o permaneció– en una situación de no saber lo que tenía o podía saber, mediante una gestión defectuosa, estratégica o deliberada de su vacío cognitivo». En el caso, este juicio se formula cuando no se verifica el origen de los fondos recibidos, se incumplen diligencias reforzadas, se construye ingeniería del vacío cognitivo (intermediarios, fragmentación de operaciones, opacidad) y no se controla ni monitoriza el conjunto de operaciones sospechosas. Este juicio habilita la imputación por ignorancia deliberada.

(iii) *Articulación de ambos juicios en la inferencia final*

Cuando concurren indicios en ambas columnas, la diferencia entre dolo eventual e ignorancia deliberada no reside en «lo que el sujeto sabía o no sabía», sino en el balance epistémico entre ambas columnas. La inferencia final se construye sobre una ponderación epistémica cualitativa, donde prevalece la columna que exhiba mayor contundencia epistémica. Si el juicio inferencial derivado del conocimiento positivo resulta más sólido, la imputación se orientará hacia el dolo eventual (o directo). Si, por el contrario, el juicio inferencial derivado del desconocimiento activo es más intenso –por la magnitud de la evitación del saber y el incumplimiento de incumbencias epistémicas claras–, la imputación se dirigirá hacia la ignorancia deliberada (57). Ambas modalidades poseen distinto disvalor epistémico y,

(57) Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido sancionando en numerosas ocasiones sobre la base de criterios imputativos tasados, como el principio de ignorancia deliberada. Así, en un caso se afirmó que «la aceptación del encargo en determinadas circunstancias proclamaría el conocimiento de la realidad de

en consecuencia, distinto disvalor penológico. En principio, la ignorancia deliberada revela una actitud cognitiva más grave que el dolo eventual, pues implica no solo la presencia de señales, sino la decisión de neutralizarlas. No obstante, esta cuestión excede el alcance del presente trabajo y será desarrollada en una investigación futura.

V. LA TRAZABILIDAD COMO GARANTÍA SUSTANTIVA: TRANSPARENCIA HERMENÉUTICA Y MOTIVACIÓN JUDICIAL

La exigencia de trazabilidad cognitiva se apoya en una premisa filosófica previa: la prohibición de reificación o principio de no instrumentalización de la persona (58). Un Estado de derecho no puede tratar la subjetividad del imputado como un objeto funcional del que extraer consecuencias preventivo-generales. La imputación penal solo es legítima si respeta la esencialidad del sujeto y evita convertirlo en un medio para fines ajenos a su propia dignidad. Esta intuición, presente en la tradición kantiana y en la noción clásica de respeto como miramiento por no ofender al otro, se proyecta también sobre la imputación: no solo sobre la pena (59). Desde esta premisa se deriva el primer corolario: la trazabilidad cognitiva opera como garantía sustantiva frente a la cosificación del imputado. Obliga al juez a reconstruir el proceso epistémico atribuido al sujeto sin ficciones, sin analogías forzadas y sin atajos preventivo-generales. Exige mostrar el trayecto epistémico que se imputa, justificar cada inferencia y revelar las huellas cognitivas que sustentan la conclusión. Con ello, la trazabilidad preserva la subjetividad del imputado y asegura que la imputación subjetiva permanezca dentro de los límites del respeto debido a toda persona sometida al poder punitivo (60). El segundo corolario es insti-

---

lo que se ocultaba de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada» (STS 2555/2015, del 02 de junio. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI: ES: TS:2015:2555, F. J. Octavo). En tal razonamiento se equipara la mera aceptación de un encargo en un contexto determinado con el conocimiento efectivo de la realidad, lo que resulta metodológicamente insostenible: durante la fundamentación se confunden los planos entre indicios, inferencias e imputación, de modo que una valoración epistémica y jurídica se presenta como si fuera un hecho acreditado.

(58) El desarrollo de este fundamento en Varela, *op. cit.*, 2016, pp. 426-427, siguiendo la filosofía del reconocimiento y la no reificación de Axel Honneth (2007, 2010).

(59) Varela, *op. cit.*, 2016, p. 427, citando a De Covarrubias y Horozco (1993).

(60) Del Real Alcalá, J. A., «Deber de motivación de las sentencias judiciales en el estado constitucional: dimensiones y problemáticas», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 39, pp. 281-314.

tucional: la trazabilidad introduce un estándar de transparencia hermenéutica en la motivación judicial. Al exigir que el juez haga visible el camino epistémico que atribuye al sujeto, convierte en explícito un razonamiento que normalmente permanece implícito. La imputación deja de ser una declaración conclusiva y pasa a ser un proceso reconstruible, controlable y criticable. Esto fortalece la motivación judicial en los términos exigidos por los artículos 24.º y 122.º3 de la Constitución Española, alineando la imputación penal con los estándares contemporáneos de transparencia institucional (61). La trazabilidad también evita imputaciones arbitrarias. La ignorancia deliberada ha sido históricamente un terreno fértil para presunciones de conocimiento, ficciones de dolo o intuiciones sobre la «mala fe» del sujeto. La trazabilidad introduce un límite estructural: solo puede imputarse aquello que pueda reconstruirse a partir de huellas epistémicas verificables. El vacío cognitivo imputado debe ser el resultado de un trayecto epistémico reconstruible, no de una conjetura psicológica. Esto reduce el margen de arbitrariedad y evita que el juez atribuya al imputado un estado mental que no se corresponde con su conducta epistémica. Al mismo tiempo, empodera al imputado. Al hacer visible el razonamiento judicial, permite que conozca exactamente qué decisiones y omisiones se le atribuyen, que cuestione la interpretación del trayecto epistémico, que discuta la relevancia de las huellas identificadas y que controle la coherencia del razonamiento. La motivación judicial se convierte en un espacio de debate racional. Finalmente, la trazabilidad introduce un estándar de integridad judicial. Así como la transparencia institucional exige que el Estado muestre cómo se formó su voluntad pública, la trazabilidad exige que el juez muestre cómo se formó su interpretación del vacío cognitivo del sujeto. La legitimidad del resultado depende de la visibilidad del proceso. La trazabilidad reconstruye procesos invisibles, exige huellas verificables, legitima resultados mediante la exposición del trayecto y actúa como barrera frente a potenciales decisiones opacas. No es un recurso retórico: es la traslación al ámbito penal de un principio de integridad ya asentado en la arquitectura democrática contemporánea. En síntesis, la trazabilidad cognitiva no solo cumple una función reconstructiva en el plano epistémico, sino que opera como garantía sustantiva, democrática y de

(61) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene dicho que «la obligación de motivar […] forma parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE». *Vid*. Milione, C., «El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico», en *Estudios de Deusto*, vol. 63/2, 2015, pp. 173-188 (pp. 174-175).

integridad judicial. Protege al imputado frente a imputaciones arbitrarias, fortalece la motivación judicial, introduce transparencia hermenéutica y alinea la imputación penal con los estándares de respeto y no instrumentalización propios de un Estado de derecho. La imputación solo es legítima cuando el camino que conduce a ella es visible, racional y controlable.

VI. CONCLUSIÓN

La trazabilidad cognitiva permite comprender la ignorancia deliberada desde una perspectiva distinta a la tradicional. Allí donde la dogmática veía un límite –la ausencia de conocimiento en el momento del hecho–, la trazabilidad revela un proceso epistémico reconstruible: un trayecto de decisiones, omisiones y evitaciones que el propio sujeto configuró para mantenerse en la penumbra. El desconocimiento imputado deja de ser una ficción y pasa a ser un estado cognitivo reconstruible, con estructura propia y verificable.

El *iter ordinatus* muestra cómo se articula esta reconstrucción. Primero, la trazabilidad organiza las huellas epistémicas en dos columnas –conocimiento positivo y desconocimiento activo–, sin valorarlas conclusivamente. Luego, el juicio de inferencia interpreta ese material y determina si el sujeto sabía, debía saber o decidió no saber. Finalmente, la imputación subjetiva pondera el peso epistémico de cada columna y decide si corresponde atribuir dolo eventual, ignorancia deliberada o error. Esta secuencia escalonada evita atajos cognitivos, elimina ficciones y garantiza que la imputación se apoye en un trayecto epistémico visible y controlable. Desde esta perspectiva, la ignorancia deliberada deja de funcionar como una equivalencia forzada del conocimiento y se convierte en un criterio de imputación autónomo: no se imputa saber, sino la gestión defectuosa o estratégica del no saber. La trazabilidad no inventa conocimiento ni retrocede hasta orígenes remotos; reconstruye el camino inmediato, identifica las huellas externas de la evitación y produce el contenido cognitivo que la inferencia podrá valorar. Con ello, la imputación subjetiva incorpora una dimensión de transparencia hermenéutica: exige mostrar cómo se llega al resultado imputativo. Al mismo tiempo, la trazabilidad introduce un estándar de integridad judicial. Obliga al juez a visibilizar su razonamiento, justificar cada paso y someter su decisión a control público y contradictorio. Protege al imputado frente a imputaciones arbitrarias, evita la cosificación de su subjetividad y alinea la motivación judicial con los principios de respeto y no instrumentaliza-

ción propios de un Estado de derecho. La imputación no se legitima por su resultado, sino por la transparencia del camino que conduce a él. En definitiva, la trazabilidad cognitiva inaugura una epistemología penal del no saber: un marco que entiende la ignorancia no como ausencia, sino como proceso; no como vacío, sino como trayecto. Esta epistemología permite integrar estándares contemporáneos de racionalidad, transparencia y garantías en la motivación judicial, ofreciendo una vía para comprender la subjetividad penal sin sacrificar derechos fundamentales. En consecuencia, tal como se sostuvo inicialmente, la trazabilidad no sustituye la imputación, sino que la precede, la ordena y la legitima. Y en esa función, se convierte en el puente conceptual entre subjetividad y responsabilidad penal.

El mito de la imprudencia grave: anatomía de una incoherencia sistémica

ROBERTO CRUZ PALMERA

Profesor Permanente Laboral de Derecho Penal y Criminología
Universidad de Valladolid

RESUMEN

La imprudencia grave en el Código Penal español puede ser asumida como una especie de constructo fragmentario e incoherente. Se denuncia una «policromía normativa» donde diversas conductas comparten el calificado «de imprudencia grave» sin baremos legales claros, supeditando la justicia a la subjetividad judicial. Se destaca una paradoja penológica: delitos tildados de «graves» reciben penas clasificadas legalmente como «menos graves» e incluso como «leves». Se efectúa a su vez una crítica respecto al enfoque psicológico a la hora de valorar la imprudencia grave, proponiendo una visión valorativa a modo de solución, midiendo la «gravedad» de la imprudencia a partir de la intensidad de la defraudación de expectativas del rol social; no mediante criterios naturalísticos que acaban en peticiones de principio.

Palabras clave: *constructo fragmentario; egoísmo; imprudencia grave; imputación objetiva; policromía normativa; proporcionalidad; riesgo jurídicamente desaprobado.*

ABSTRACT

Gross negligence in the Spanish Criminal Code is a fragmented and incoherent legal construct. Critics point to a form of «normative polychromy», whereby a wide variety of conduct is classified as «gross negligence» despite the absence of clear legal benchmarks, thereby making justice dependent on judicial subjectivity. A penal paradox is also highlighted: offenses labeled as «serious» often carry penalties that

are legally classified as «less serious» or even «minor.» Furthermore, the psychological approach traditionally used to assess gross negligence is criticized, and a normative approach is proposed as a solution. The seriousness of negligence should be measured by the magnitude of the risk created and the breach of the expectations associated with a social role, rather than by naturalistic criteria that ultimately lead to logical fallacies or circular reasoning.

Keywords: *Egoism; Fragmented construct; Gross negligence; Legally disapproved risk; Normative polychromy; Objective imputation; Proportionality.*

SUMARIO: I. Exordium.–II. Particularidades de la punición en la imprudencia grave.–III. Comportamientos valorados como graves en el ámbito de la imprudencia punible. 3.1 La imprudencia grave en los delitos contra las personas. 3.2 La imprudencia grave en el marco de la manipulación genética. 3.3 La imprudencia grave en el marco de la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores. 3.4 La imprudencia grave en el marco de la sustitución de un niño por otro. 3.5 La imprudencia grave en los daños. 3.6 La imprudencia grave en el marco del blanqueo de capitales. 3.7 La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores. 3.8 La imprudencia grave en el marco de los delitos contra el patrimonio histórico. 3.9 La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. 3.10 La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la flora y fauna. 3.11 La imprudencia grave en el marco de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes. 3.12 La imprudencia grave en el marco de los delitos de estragos. 3.13 La imprudencia grave en el marco de los delitos de incendios. 3.14 La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la salud pública. 3.15 La imprudencia grave en el marco de los delitos de falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles. 3.16 La imprudencia grave en el marco de la prevaricación judicial. 3.17 La imprudencia grave en el marco de la deslealtad profesional. 3.18 La imprudencia grave en el marco de delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual o contra la comunicación. 3.19 La imprudencia grave en el marco de delitos de terrorismo. 3.20 La imprudencia grave en el marco de delitos descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional. 3.21 La imprudencia grave en el marco de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.–IV. ¿La reconfiguración de otras taxonomías contribuye a la compresión de la imprudencia grave? 4.1 La cualidad del sujeto activo que realiza el comportamiento imprudente, delitos especiales. 4.2 Delitos plurisubjetivos. 4.3 Delitos de propia mano. 4.4 Los delitos de peligro en el marco de la imprudencia grave punible. 4.5 Los delitos de estado derivados por imprudencia grave punible. 4.6 La estructura típica de la conducta. 4.7 Los niveles de peligro incriminados. 4.7.1 Peligrosidad baja o de primer nivel. 4.7.2 Peligrosidad media-baja o de segundo nivel. 4.7.3 Peligrosidad media o de tercer nivel. 4.7.4 Peligrosidad alta o de cuarto nivel. 4.7.5 Peligrosidad máxima o de quinto nivel. –V. Desmontando el mito de la imprudencia grave.–VI. Colofón.–VII. Bibliografía.–VIII. Jurisprudencia.

I. EXORDIUM

El estudio de la estructura dogmática del delito imprudente ocupa un plano central en las construcciones más sofisticadas de la Ciencia Penal, precisamente por la densidad teórica y la complejidad técnica de los debates que la imprudencia genera (1). Sin embargo, pese a esta profusa atención doctrinal, el estudio del tratamiento penológico de la denominada «imprudencia grave» en el sistema español permanece como un escenario de orfandad técnica y de contradicciones sistémicas. Este trabajo no pretende ofrecer una reconstrucción completa de toda la teoría de la imprudencia en el Derecho Penal español, sino analizar críticamente determinados problemas sistemáticos de la categoría de imprudencia grave y proponer una reflexión personal respecto al modo en que debe tratarse la cuestión. Este artículo científico parte de una paradoja fundamental: la aparente falta de correspondencia entre la etiqueta de «gravedad» que el legislador asigna a ciertos comportamientos y la realidad de sus consecuencias jurídicas. Bajo la premisa, el trabajo se articula como un recorrido crítico que busca responder a una interrogante central: ¿es la imprudencia grave un mito en el sistema penal español? Para ofrecer una visión de esta problemática, dando un paso más allá de una intuición investigativa, se ofrece un itinerario analítico dividido en tres fases. En la primera fase de la investigación, se realiza una revisión crítica de los treintaiún preceptos y más de treinta y siete variantes que el Código Penal español eti-

(1) Obviamente, no puedo entrar aquí en una revisión bibliográfica exhaustiva sobre la cuestión. Sin embargo, el asunto ha sido tratado con gran profundidad y solvencia por importantes autores. A modo de elección personal apunto a renglón seguido los siguientes. Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, reimpresión, De Gruyter, Berlín, 2011, § 7 num. 55; Roxin, C., y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2020, §24 num. 1-3; Herzberg, R., «Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)», ZIS (5) 2011, pp. 444-446; Feijoo Sánchez, B., «Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (27.1) 2013, pp. 141-144; Torío López, A., «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994 (33), pp. 171-173; Sacher, M. (2006), «Systemtheorie und Strafrecht: Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 2006, (118), pp. 580-590; Freund, G., *Strafrecht. AT,* Springer Berlin, Heidelberg, § 5 num. 1998, pp. 81 y ss.; Wolter, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem,* Duncker & Humblot, Berlín, 1981, pp. 117 y ss.; Corcoy Bidasolo, M., «En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1985, pp. 961-976.

queta como «imprudencia grave». La revisión permite identificar una «policromía normativa» donde los comportamientos incriminados son notoriamente disímiles, abarcando desde delitos contra las personas y manipulación genética hasta sectores especializados como la seguridad nuclear, el blanqueo de capitales o el terrorismo. En este bloque, se expondrá cómo la determinación de la «gravedad» carece de un baremo claro en la norma, quedando a menudo supeditada a una aguda sensibilidad valorativa del juzgador.

Superada la fase descriptiva, se propone una reconfiguración taxonómica que trasciende las clasificaciones tradicionales recogidas en la legislación. Se trata de una propuesta de ordenación basada en «la cualidad del sujeto activo (delitos especiales), la dinámica de autoría y, fundamentalmente, una jerarquización de cinco niveles de peligrosidad que se recogen en las normas». Esta nueva taxonomía busca dotar al operador judicial de herramientas técnicas para definir e identificar la gravedad del acto tipificado más allá de etiquetas vacías, enfocándose en la magnitud del riesgo creado y la relevancia de la norma técnica infringida en los diversos escenarios.

Agotada la reconfiguración taxonómica, se desmonta, con argumentos, el mito de la imprudencia grave como un adjetivo psicológico o un azar del resultado. Se defiende que la denominación actual es un «constructo fragmentario» que colisiona frontalmente con el artículo 13 del Código Penal, al etiquetar como «graves» comportamientos cuyas penas el propio sistema clasifica mayoritariamente como «menos graves». Finalmente, se decanta por una visión valorativa donde la gravedad de la imprudencia se reconduce al juicio de imputación objetiva y se define como una manifestación de un egoísmo socialmente intolerable, donde el autor prioriza su interés personal sobre las precauciones más elementales de la convivencia (2).

Como se verá, la aportación no solo intenta ofrecer un contenido descriptivo, pretende invitar a una reflexión necesaria sobre la racionalidad y la justicia del sistema punitivo español, abogando por una restauración de la lógica interna que garantice que los ataques más severos a la norma reciban respuestas retribucionistas que logren confirmar la identidad de la sociedad (3).

---

(2) Se trata de una tesis basada en la comprensión del estudio del injusto a partir de un concepto valorativo de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado; Trasladando el análisis al juicio de imputación y no a fragmentos fenoménicos. Sobre ello, entre otras valoraciones, JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la teoría de la imputación,* Marcial Pons, Madrid, 1995, Cap. I num. 9.

(3) Así, claramente, JAKOBS, G., *La Pena Estatal: Significado y Finalidad,* Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 39-41.

II. PARTICULARIDADES DE LA PUNICIÓN EN LA IMPRUDENCIA GRAVE

En la Parte Especial del Código Penal español se recogen, cuando menos, treintaiún preceptos que incriminan comportamientos referidos a la imprudencia grave. En algunas de esas normas se desprenden varias modalidades, lo que alcanzaría, salvo error, treinta y siete variantes valoradas como graves en el ámbito de la imprudencia punible. Las normas regulan distintos ámbitos, así como diferentes escenarios, por ende, los comportamientos incriminados son notoriamente disímiles. La citada diferencia no está supeditada solamente a la cualidad de los bienes jurídicos protegidos, también respecto a la modalidad comisiva, así como a diversas circunstancias o contextos donde debe determinarse la peligrosidad seguida de una afectación en términos axiológicos (4). Así las cosas, en la legislación se contempla la punición de la «imprudencia grave» en los siguientes escenarios:

– Manipulación genética;
– Suposición de parto;
– Delito de daños;
– Blanqueo de capitales;
– Delitos contra los derechos de los trabajadores;
– Delitos contra el patrimonio histórico;
– Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente;
– Delitos contra la flora y fauna;
– Delitos relativos a la energía nuclear;
– Delitos de estragos;
– Delitos de incendio de bienes propios;
– Falsificación de documentos públicos;
– Prevaricación judicial;
– Deslealtad profesional;
– Delitos relativos a la libertad individual cometidos por funcionarios;
– Terrorismo;
– Descubrimiento y revelación de secretos;
– Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

(4) *Vid.* Audiencia Provincial de Bizkaia, de 16 de mayo de 2024 RES:252/2024 REC:253/2024 (ECLI: ES: APSS:2024:375A). Pueden confrontarse aquí algunos de los aspectos mencionados, no se trata, por supuesto, de un caso aislado; por el contrario, abundan en la dinámica forense. No obstante, la providencia contiene importantes planteamientos que sirven de base a modo de refuerzo respecto a la línea argumentativa que se defiende en esta parte del trabajo.

En un conjunto de escenarios tan diversos como el señalado, tanto el modo de realizar el comportamiento imprudente como los contextos donde se desarrollan, son, como se advirtió, notoriamente disímiles (5).

La imputación por imprudencia grave representa un juicio respecto a una conducta que, al apartarse drásticamente de las expectativas sociales que del sujeto se esperaban en un contexto determinado, comunican un quebrantamiento de la vigencia de la norma (6). No

(5) Cfr. la sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Ávila, de 21 de abril de 2022 RES:129/2022 REC:82/2022 (ECLI: ES: APAV:2022:86A): «[…] La gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto, de forma que, cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración». Es evidente que la sentencia se apoya en un enfoque subjetivo y psicológico (previsibilidad), omitiendo una visión valorativa respecto a los roles. La providencia busca la gravedad «mirando hacia dentro» del autor («qué podía prever él»), mientras que la teoría valorativa propone una búsqueda «mirando hacia fuera» («qué esperaba la sociedad de él como ciudadano con un rol específico»). En definitiva, el injusto, a mi juicio, se basa en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. El resultado que realmente importa en esta visión es el «quebrantamiento de la vigencia de la norma». Por consiguiente, la gravedad de la imprudencia se determina evaluando qué tanto ese riesgo creado contradice el sentido de la norma en un contexto social específico. Esto cobra aún más sentido si se atiende a la imposibilidad de describir todos los riesgos posibles en múltiples contextos tipificados en el marco del delito culposo.

(6) La base legal reside en los siguientes preceptos que aparecen en el Código Penal: artículos 5, 10, 12; a lo largo de ese Código se contemplan distintos supuestos que permiten una incriminación en materia de imprudencia grave. A todo esto, la siguiente parece ser la definición más continuada en la actualidad, al menos, por parte de la doctrina jurisprudencial, Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 11 de diciembre de 2017 RES:805/2017 REC:2019/2016 (ECLI: ES: TS:2017:4867): «La "imprudencia grave" es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad»». Si se revisa con lupa crítica este planteamiento, se podrá caer en la tentación de emitir juicios dolosos en escenarios imprudentes. Me explico, casi nada impide, al reclamar una omisión voluntaria de los deberes de cuidado, trasformar la imprudencia en dolo de omisión. Así, Reyes Alvarado, Y., *La imputación objetiva en una concepción valorativa de la teoría del delito,* Atelier, Barcelona, 2026, p. 24.

A modo de orientación, el acuerdo de pleno de la sala segunda sostiene: «No es posible afirmar una imprudencia grave a partir de esos hechos dubitativos. Ni siquiera si convenimos con el Fiscal, según expone en el elaborado y denso dictamen últimamente presentado, que la aparición del concepto de imprudencia menos grave en la reforma penal de 2015 no ha supuesto indirectamente una elevación del listón a partir del cual la imprudencia ha de empezar a ser considerada grave. Así ha de entenderse, en principio, entre otras razones porque el concepto de imprudencia o culpa grave aparece en muchos otros delitos en el Código Penal. No es asumible que a través de la

obstante, el legislador no ha establecido ni un baremo claro ni una escala precisa que permita deslindar con nitidez cuándo una conducta merece ser calificada como «gravemente imprudente» (7) pese al elevado grupo de delitos que se recogen en el Código Penal. En su lugar, se asume mayoritariamente una constelación de criterios generales fuera del cuerpo legal –a menudo dispersos y no siempre sistematizados– que orientan al intérprete en esa tarea. Pero muchos de esos criterios apenas encuentran anclaje en normas positivas, lo que deja al juzgador en un terreno donde el análisis jurídico debe complementarse a discreción del juez (8).

---

reforma en 2015 de los delitos culposos de homicidio y lesiones (y pensando principalmente en la circulación viaria) se haya llegado oblicuamente a despenalizar un grupo de supuestos de los demás tipos que manejan ese concepto imprudencia grave. [De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo. La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afirmando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado, [STS núm. 2235/2001, de 30 de noviembre (EDJ 2001/56012)]», Tribunal Supremo (Penal Pleno), S 22-07-2020, núm. 421/2020, rec. 1086/2018.

Mi opinión del pleno es la siguiente, resulta plausible cuando el Tribunal aboga por la utilización de criterios sociales y deberes normativos para definir la gravedad, pero debe rechazarse el arraigo a la «posibilidad de un resultado físico como un termómetro de la misma», pues, como se ha apuntado, la gravedad de la imprudencia reside en la magnitud del quebrantamiento de la vigencia de la norma y no en el azar de la producción de un daño material. No resulta razonable, como propone el Acuerdo del Pleno, medir la gravedad de la imprudencia por la probabilidad de causar un daño físico (pues esa es una visión estadística y causal). La gravedad debe medirse por la intensidad de la contradicción a la norma, recuérdese, el injusto se perfecciona con la infracción normativa, independientemente de si el daño efectivamente se produce o no, siempre que la conducta pueda interpretarse como un ataque indebido al bien jurídico.

(7) Al respecto, Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 269: «Conforme al *principio de intervención mínima*, de toda la gama de acciones imprudentes que se dan en la vida diaria en los más diversos sectores y ámbitos el Código penal sólo eleva a la categoría de delitos la *imprudencia grave* en relación con algunos tipos delictivos […] Esta gravedad mayor o menor de la imprudencia no depende, sin embargo, de que sea una imprudencia *consciente o inconsciente,* pues a veces la inconsciencia, es decir, que el sujeto ni siquiera se haya percatado de la peligrosidad de su conducta, refleja un grado de despreocupación y ligereza aún más grave que la imprudencia consciente, en la que el sujeto cree que puede dominar el peligro que está creando conscientemente» (cursivas en el texto original).

(8) Rueda Soriano, Y. (2023). «Artículo 142». En Cuerda Arnau M. (dir.). *Comentarios al Código Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 971-972: «La distin-

Como se anticipó, la complejidad de la imprudencia grave punible radica, en gran parte, en la diversidad de esferas en las que se articula su incriminación: desde el ámbito laboral y médico, hasta sectores tan especializados como el energético nuclear o el medioambiental (9). Esta policromía normativa introduce una notable dificultad interpretativa que en muchas ocasiones socava la labor de los tribunales. No basta con la existencia de un resultado causado sin dolo en un respectivo ámbito regulado; ello no implica, automáticamente, que tal conducta revista la gravedad exigida para configurar una imprudencia grave penalmente relevante a efectos de imputación (10); debe darse algo en ese complejo juicio de imputación. En efecto, no toda infracción grave –por más que lo sea a los ojos de la normativa sectorial– se traduce, sin más, en un comportamiento «gravemente imprudente»… A modo ilustrativo, se puede acudir al tráfico rodado: ignorar un semáforo en rojo, *per se,* no comporta necesariamente la producción de un resultado que deba calificarse como grave en el terreno de la imprudencia punible (11). Aunque dicha conducta pueda constituir una infracción administrativa de cierta entidad, su mera realización no basta, aun sumando un daño concreto o un riesgo cualificado, para activar la responsabilidad penal por imprudencia grave (12). De modo similar, en el

---

ción entre imprudencia grave y menos grave no es una cuestión pacífica en la doctrina […] mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir)».

(9) Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 14 de enero de 2026 RES:5/2026 REC:10186/2025 (ECLI: ES: TS:2026:34): «Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia, pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir)».

(10) Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de septiembre de 2016 RES:609/2016 REC:1141/2016 (ECLI: ES: APA:2016:93A).

(11) Entre otras muchas, véase la sentencia emitida por la Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia (Juzgado de lo Penal), de 13 de febrero de 2020 RES:41/2020 REC:231/2019 (ECLI: ES: JP:2020:5); Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 17 de diciembre de 2025 RES:1037/2025 REC:2439/2023 (ECLI: ES: TS:2025:5984).

(12) Al respecto, véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21.ª, Auto 603/2022 de 31 Mar. 2022, Rec. 98/2022 [ECLI: ES: APB:2022:2298A]. FD 4.º: «En resumen, podemos concluir que no respetar un semáforo es una infracción grave de tráfico, que, en el ámbito penal, *a priori,* podría ser constitutiva de una imprudencia menos grave, sin descartarse, a la luz de las circunstancias concurrentes (zona de paso de colegiales, existencia de muchos peatones…)

terreno de la siniestralidad laboral, la exposición prolongada a sustancias peligrosas sin la debida observancia de las normas de prevención no conduce, inmediatamente, a la configuración de una puesta en peligro para la salud de los trabajadores… Así pues, las normas técnicas, protocolos y reglamentos constituyen un importante indicio; empero, su infracción no puede convertirse automáticamente en sinónimo de imprudencia grave, pues la valoración penal exige un juicio mucho más complejo.

La relación entre la conducta imprudente y el resultado lesivo no siempre es directa ni instantánea (13); tampoco lo es siempre en los delitos de peligro (art. 317), lo que dificulta imputar sin más al agente un resultado grave en los términos exigidos por el Derecho Penal respecto a la imprudencia grave (14). Visto así, la determinación de la gravedad en la imprudencia no puede anclarse exclusivamente en la mera infracción grave de las normas que rigen los distintos ámbitos donde los comportamientos pueden generarse. Más bien, dicha calificación exige una valoración racional, contextualizada y proyectada sobre el caso concreto de forma que permita superar las dificultades que marcan los criterios generales (15). Retomando, alguien puede defender que quien

---

que pueda ser incluso constitutivo de imprudencia grave y que, en consecuencia, al causarse unas lesiones del artículo 147.1 CP». El contexto es extenso y, a su vez, interesante a la luz de esta investigación; sin embargo, tanto esa providencia como otras muchas de las revisadas en esta investigación dejan claro que estamos ante un elemento no «condicional», derivado de un aspecto imperfectivo. Esta valoración, desde mi punto de vista, muestra la imposibilidad de aseverar el etiquetamiento de la imprudencia grave sí, siempre y en todos los casos.

(13) Sobre ello, Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2024 RES:632/2024 REC:2078/2022 (ECLI: ES: TS:2024:3623).

(14) Cfr. Cuenca García, M. J., «La incidencia de la "nueva" imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral». En de la Cuesta Aguado P. M. *et al.* (dirs.) *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco,* 2018, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1159: «La doctrina, por su parte, realiza las siguientes consideraciones en cuanto a la gravedad de la imprudencia en el marco de la siniestralidad laboral: a) Normalmente, la infracción muy grave se traducirá en conductas imputables a título de imprudencia grave; b) Es correcto considerar que «cuando se omiten "todas" las precauciones la imprudencia deba ser calificada como grave», otra cosa es que sólo se considere imprudencia grave cuando se omiten «todas» las precauciones; y, c) No puede defenderse la tesis de que sólo debe apreciarse imprudencia grave en los casos de ausencia total de los medios de seguridad, y leve, cuando todo y la existencia de los mismos, son defectuosos, inadecuados o inservibles».

(15) Audiencia Provincial de Girona, de 15 de enero de 2018 RES:9/2018 REC:653/2017 (ECLI: ES: APGI:2018:1950): «Pues bien, aplicando toda esta doctrina jurisprudencial en nuestro caso la Sala considera que le asiste la razón al juez a quo a la hora de estimar presente una negligencia inexcusable en la actuación de la acusada, que debe merecer el calificativo de imprudencia grave profesional. Ello porque como han informado varios de los peritos que intervinieron en el acto del juicio

obra con imprudencia grave no lo hace desde el simple descuido: su conducta revela un grado tan elevado de indiferencia o de menosprecio hacia bienes jurídicos ajenos, una actitud que, aunque no equiparable al dolo, trasciende la mera desatención de una fuente de peligro, situando al agente en un pleno egoísmo cercano a la maldad (16). Esta clase de valoraciones resultan interesantes porque no buscan la esencia del injusto imprudente en componentes asumidos mayoritariamente (17); sin embargo, el riesgo de estas valoraciones es la susceptibilidad de perderse en elementos psicológicos innecesarios para determinar la causalidad y, esto, como se sabe, trasfigura el juicio de imputación objetiva a escenarios dogmáticos ya superados. Pues bien, desde el punto de vista

---

oral, con los síntomas con los que acudió el fallecido a la consulta médica de la recurrente lo indicado hubiera sido realizar un electrocardiograma, cuyo aparato además estaba disponible en el CAP, y la omisión de esta medida de cuidado indicada (la realización del electrocardiograma) cabe estimarla inexcusable y de extrema gravedad por cuanto es precisamente la prueba indicada para detectar la producción de infartos de miocardio como el padecido por el fallecido Sr. Teodoro […] con los síntomas con los que acudió el finado, relatados además por su viuda, la prueba absolutamente requerida era la realización de un cardiograma, y por tanto su omisión es lo suficientemente grave como para estar ante un caso, no sólo de imprudencia, sino de imprudencia grave».

(16) Sobre este aspecto, cabe resaltar que la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha efectuado importantes estudios a modo de deslinde terminológico entre el dolo eventual y la imprudencia grave punible. Así las cosas, revísese, *Gabinete Técnico. Sala de lo Penal,* «Doctrina jurisprudencial. Año 2016 (Primer semestre)», *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal,* 2016*,* p. 45: «Delitos contra la vida. Homicidio. Dolo eventual e imprudencia. STS 240/2016, de 29 de marzo de 2016 RC 1832/2015». En nuestra STS núm. 436/2014 de 9 de mayo exponíamos la doctrina jurisprudencial sobre el elemento del dolo en su manifestación eventual, recogiendo la antes expuesta en la núm. 69/2010 de 30 de enero, luego ratificada entre otras, en la 614/2015 de 21 de octubre. A ellas cabe añadir la STS núm. 301/2011 de 31 de marzo y las núm. 172/2008, de 30 de abril y 716/2009, de 2 de julio, y particularmente la que resolvió el caso de la «colza» dictada en 23 de abril de 1992. Podemos resumir la doctrina del dolo en los siguientes puntos: a) El dolo significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En la actuación dolosa el autor sabe que crea un riesgo para el bien jurídico. b) Manifestación dolosa es la voluntad de querer el resultado. Pero también aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. En una y otra modalidad la decisión del autor no es ajena a la producción de ese resultado. Ya lo quiera directamente, ya simplemente conozca que no puede controlar su producción. Pero con cierto matiz diferencial del llamado dolo indirecto al que ya se refería Diego de Covarrubias que afirmaba homicidio voluntario tanto cuando el agente quiere matar como cuando tiende a un hecho al que sigue inmediatamente la muerte. (F. J. 3.º)». Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Estudios/ (consultado: 21 de febrero del 2025).

(17) Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la teoría de la imputación,* Marcial Pons, Madrid, 1995, Cap. I num. 9.

defendido de este trabajo, la imputación certifica que el agente no obra «a secas» como un «ser particular», de forma aislada; ello resultaría más próximo a un ser irracional. Por el contrario; el agente obra como un ser integrado a una sociedad, pues esto es lo natural en los seres humanos. Expresado de otra forma, el agente actúa como portador de roles sociales, cuyos comportamientos no se valoran por dispositivos fácticos u ontológicos, sino por su significado social y su capacidad de comunicación dentro de la organización colectiva. Por consiguiente, la imputación certifica que el comportamiento del sujeto solo adquiere relevancia para el Derecho Penal cuando defrauda expectativas de comportamiento que se identifican en función de su posibilidad de ser comunicadas. De ahí que el delito se asuma como una creación social a partir de interpretaciones.

Al hilo de lo anterior, los comportamientos etiquetados como «imprudencia grave» deben contar con consecuencias jurídicas acordes o proporcionales al modo de obrar de quien pone primero sus circunstancias (18). Así, para que el Derecho Penal cumpla su función de prevención general positiva, la sanción de la imprudencia grave debe ser proporcional a la intensidad del riesgo creado. Si el sistema asigna consecuencias irrisorias a riesgos graves y, en algunos casos irrecuperables, el Derecho Penal fracasa en su misión de estabilizar las expectativas y reafirmar la norma, degradando el estatus de la víctima. En efecto, solo mediante una valoración objetiva y contextualizada será posible determinar si el sujeto actuó o no con un grado tal de defraudación de las expectativas sociales que le eran exigibles en una singularidad temporal, a fin de imponer un tratamiento penológico coherente. Efectuada esta salvedad, un juicio de tal complejidad no puede ni debe formularse en abstracto, sino que ha de construirse mediante circunstancias específicas que marcan cada caso, con pleno respeto a los parámetros normativos que rigen en cada esfera de actuación (19) (que son múltiples).

---

(18) Otto, H., *Grundkurs Strafrecht -Die einzelnen Delikte,* 6.ª ed. De Gruyter Lehrbuch, Berlín, §10 num. 10. Insiste al respecto también la sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Cádiz, de 25 de julio de 2022 RES:173/2022 REC:120/2022 (ECLI: ES: APCA:2022:3024).

(19) Sobre esto, véase la valoración efectuada por Roxin, C., y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2020, §24 num. 12: «El elemento de la infracción del deber de cuidado no nos lleva a un lugar distinto que a los criterios generales de imputación. Es más impreciso que éstos y, por consiguiente, desechable. En estricto sentido, es incluso errado desde la óptica de la lógica de la norma, ya que produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere un estudio incoherente como un delito de omisión. Pero al

En la práctica, de ello da cuenta la abundante jurisprudencia, ésta muestra una dificultad a la hora de demostrar cuándo el acto se corresponde con una infracción dolosa o en qué momento debe etiquetarse como imprudente grave (20), lo que permitiría, en principio, quedar en manos de un criterio de autoridad (21). Esta cuestión se aprecia asimismo en varias valoraciones doctrinales, donde se acude a expresiones (o a fórmulas) para tratar de establecer la gravedad de la

---

autor del tipo no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección de la norma, que se ha realizado en un resultado».

(20) Arroyo de las Heras, A., *Manual de Derecho Penal. El delito.* Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 194: «Un sujeto, poseedor de una pistola, que acostumbra a tener cargada, pretende asustar a un amigo con dicha arma, se le dispara y le causa la muerte. Otro individuo, que sin observar acostumbra a tenerla descargada, con el mismo fin y creyendo que no existía bala, ocasiona la muerte por haber sido cargada el arma por otra persona ignorándolo aquel. Al primero puede reprochársele la total infracción de la norma de cuidado, al segundo únicamente el no haber cerciorar de la existencia o inexistencia de proyectil, ha cumplido en parte la norma, aunque no en su totalidad». Desde mi valoración, obviamente, en ambos supuestos el resultado debe etiquetarse como irreversible, es decir, como mortal. Ahora bien, la infracción de la norma o el descuido puede graduarse en el marco de la gravedad según las circunstancias probadas en cada caso, pero lo realmente cierto es que en ambos supuestos el principio de retribución exige una consecuencia jurídica que se sustente en más allá de la lógica jurídica. En circunstancias como las reseñadas debe valorarse si en el fondo del problema yace o no un elemento derivado de la solidaridad, entendida esta última como la "manifestación de respeto al prójimo que antepone el egocentrismo natural de lo humano". Retomando, defender que la graduación del desprecio a la norma de cuidado debe calibrarse y concretarse en cada supuesto resulta una obviedad, pero no así la necesidad de atribuir otros elementos que doten de mayor sentido tanto la incriminación de la imprudencia en estos casos como en el modo de castigarlo en términos penológicos al tratarse de resultados irreversibles. Si el resultado es de muerte, pero en uno de ellos la imprudencia refleja un grado mayor de exigencia no parece lógico aplicar penas disímiles si el motivo se centra en el nivel de infracción de la norma de cuidado. Desde mi parecer, en escenarios donde las fuentes de peligro se conocen como mortales y aun así se irrumpe en la estabilidad de bienes jurídicos ajenos, no deberían aplicarse tratamientos penológicos diferenciales. Es sabio el refranero castellano cuando dice «las armas de fuego, cuanto más lejos, mejor».

(21) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «Imputabilidad e imputación», *InDret Penal,* 2024 (2), p. 21: «Al derecho penal no le interesa si alguien, desde el punto de vista puramente natural, le causó una herida a otro, sino si esa actuación puede ser considerada como contraria a una norma de prohibición penal. Esa infracción o quebrantamiento de la norma es el resultado que le interesa al derecho penal para cerrar el juicio de imputación objetiva; si bien es verdad que a veces la infracción de una norma requiere de la producción de una determinada modificación del mundo exterior (como suele ocurrir en los llamados delitos consumados de resultado) eso obedece a una decisión del legislador, quien en otras oportunidades se abstiene de incluirla como requisito para entender quebrantada la norma, como ocurre en los delitos de peligro y en las tentativas. **Pero el resultado que le interesa al derecho penal es la infracción de la norma**» (negritas fuera del texto original).

imprudencia (22). Empero, en no pocos casos, las expresiones que deberían ayudar a esclarecer la problemática no resultan del todo plausibles, probablemente –tal y como se adelantó arriba– por la diversidad de esferas en las que se articula «la imprudencia grave punible» (23). Por todo ello, se insiste en la necesidad de concretizar de mejor forma expresiones como «el absoluto olvido a la norma de atención», «el menosprecio de la norma de cuidado», «la infracción al deber de cuidado de la fuente de peligro» (24); entre otras. En definitiva, son expresiones asumidas con cierta fuerza de unanimidad, pero en realidad terminan reafirmando la complejidad de la temática y no parecen resolver del todo la cuestión nuclear.

Expuesta una aproximación de la complejidad temática, es necesario demostrar si los distintos «escenarios incriminados» son en realidad graves, conjuntamente, conviene detectar si la consecuencia jurídica va en la lógica que marca la etiqueta de esta clase de imprudencia. Para lograrlo y poder emitir un correcto juicio, se revisarán los comportamientos marcados como graves en el Código Penal.

III. COMPORTAMIENTOS VALORADOS COMO GRAVES EN EL ÁMBITO DE LA IMPRUDENCIA PUNIBLE

Con el fin de articular una contribución en torno a la «gravedad» de la imprudencia «grave» se propone una revisión de las normas correspondientes a esa modalidad de la imprudencia. La citada necesidad se defiende, cuando menos, mediante dos motivos. En primer lugar, por «razones de contextualización», pues atender el contexto general en el ámbito en que se inserta una norma específica resulta crucial para detectar su propósito, su alcance y sus efectos. Visto así, la revisión de las normas que sancionan la imprudencia grave proporciona un marco de referencia cargado de riqueza. Desde esa aproximación resulta coherente analizar cómo una norma individual se

(22) Cáceres Ruiz, L., *La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 213: «La consideración de la imprudencia como profesional exige necesariamente que se trate de imprudencia grave. La imprudencia profesional implica la infracción del deber que corresponde al sujeto en función de un rol especial que le obliga a tener unos conocimientos especiales, por tanto, la infracción es de un deber más grave y ello explica la agravación de la pena».

(23) Así, en extenso, Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 22 de junio de 2022 RES:614/2022 REC:3228/2020 (ECLI: ES: TS:2022:2543).

(24) Roxin, C., y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, §24 num. 8.

relaciona con otras normas sectoriales y con el sistema jurídico en su conjunto. En segundo lugar, resulta necesario efectuar una revisión por «razones de coherencia y consistencia», un examen de este tenor permite identificar inconsistencias, detectar contradicciones o divisar lagunas en el marco normativo. El ejercicio permitirá encontrar contradicciones entre preceptos y permitirá asimismo argüir si existe o no coherencia y consistencia en el sistema. En similar sentido, una revisión ayuda a localizar áreas problemáticas o deficiencias en el sistema jurídico que pueden requerir una atención especial, esto permite identificar normas obsoletas o ineficaces en materia político-criminal. Como puede verse, se trata de un ejercicio que ayuda a una comprensión más completa y mucho más profunda de las normas penales referidas a la imprudencia grave. Por tanto, desde esas razones, se podrá defender si el tratamiento penológico es coherente.

3.1 **La imprudencia grave en los delitos contra las personas**

El primer grupo incluye diez preceptos que regulan la imprudencia grave. Se regula el homicidio desde una perspectiva general y se incluyen asimismo escenarios específicos; aparece también el delito de aborto en dos variantes, esto es, desde un escenario genérico y desde un escenario profesional; se sistematizan igualmente las lesiones graves desde un marco general, pero paralelamente desde marcos concretos; al mismo tiempo se prevé la inclusión de lesiones al feto desde una esfera general y desde una esfera profesional (25). La inclusión de estas normas parece justificarse tanto por los escenarios de peligro donde puede derivar la afectación como por la importancia de los objetos jurídicos protegidos (26).

– Se castiga a quien causa la muerte de otro por imprudencia grave, imponiendo una pena privativa de libertad con una duración de uno a cuatro años (art. 142.1);

– Se castiga a quien cause la muerte de otro por imprudencia grave utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, atribuyendo una pena privativa de libertad de uno a cuatro años, además, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años (art. 142.1 párrafo 2.º);

(25) Audiencia Provincial de Salamanca, de 1 de abril de 2022 RES:12/2022 REC:32/2021 (ECLI: ES: APSA:2022:66); Audiencia Provincial de Ávila, de 11 de junio de 2025 RES:183/2025 REC:141/2025 (ECLI: ES: APAV:2025:178A).

(26) Audiencia Provincial de Toledo, de 14 de diciembre de 2022 RES:244/2022 REC:34/2022 (ECLI: ES: APTO:2022:1927).

– Se castiga a quien cause la muerte de otro por imprudencia grave utilizando un arma de fuego, imponiendo una pena privativa de libertad con una duración de uno a cuatro años, conjuntamente, la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años (art. 142.1 párrafo 3.º);

– Se castiga a quien causa la muerte de otro por imprudencia grave en el ámbito profesional. Se impone pena privativa de libertad con una duración de uno a cuatro años, además, pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años (art. 142.1 párrafo 4.º);

– Se castiga a quien por imprudencia grave ocasionare un aborto en una mujer. Se estipula una pena de prisión de tres a cinco meses o una multa de seis a diez meses (art. 146 párrafo 1.º);

– Se castiga a quien, por imprudencia grave, en el ámbito profesional, ocasionare un aborto en una mujer. Se prevé una pena privativa de libertad de tres a cinco meses o una multa de seis a diez meses y, asimismo se impone una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años (art. 146 párrafo 2.º);

– Se castiga a quien causare lesiones graves a otro. Se impone una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147. Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149. Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150 (art. 152);

– Se castiga a quien por imprudencia grave cause lesiones a otro utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor con una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años. La pena privativa de libertad, que también se asigna, dependerá de la clase de lesiones producidas en el sujeto pasivo (152.1. 3.° párrafo 1);

– Se castiga a quien cause lesiones a un feto por imprudencia grave. Se impone una pena privativa de libertad de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses (art. 158 párrafo 1);

– Se castiga a quien, en el ámbito profesional, cause lesiones a un feto por imprudencia grave. Se impone una pena privativa de libertad de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses; además, una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años (art. 158 párrafo 2).

En los delitos analizados *supra,* se ofrecen algunos criterios normativos, especialmente en determinados sectores como la seguridad vial, pero aún con todo parecen resultar fragmentarios e insuficientes

a la hora de proporcionar un criterio loable para la delimitación del riesgo típico (27). La gravedad se puede deducir desde la demostración de elementos causales o co-causales siempre que sean achacables al sujeto e impliquen el resultado fenoménico que marca el precepto. Si bien dicho juicio debe respetar los cánones de interpretación penal al amparo de los principios constitucionales que garantizan una imputación democrática, la ausencia de parámetros normativos propios en materia de imprudencia grave puede permitir la emisión de juicios subjetivos y disímiles; algo que en la práctica logra demostrarse si se revisan casos muy similares en donde unos son tratados como dolo eventual y otros como imprudencia grave punible. Sin embargo, el camino para poder «ver» dicha gravedad consiste en efectuar una valoración racional y contextualizada que supere los criterios generales ambiguos (28), pero esta tarea de apreciación no es sencilla e implica una carga de apreciación forense de primer orden, al menos, cuando se trata de bienes jurídicos irrecuperables.

Desde el punto de vista defendido en este trabajo, el sistema actual confunde regularmente la gravedad del daño con la gravedad de la culpa en un plano psicológico (29). En el catálogo analizado se castiga con dureza el resultado (la muerte de otro o la lesión de otro); pero yerra estrepitosamente ante la ausencia de un umbral exacto de descuido que justifique tratar a un ciudadano como un delincuente «grave». La gravedad, al menos en el grupo revisado, sigue siendo un concepto escasamente delimitado en términos normativos.

Además de lo señalado, se destaca una «policromía normativa» que genera confusión, o, al menos, asombro respecto a la respuesta punible de los bienes jurídicos protegidos. Mientras que matar a una persona por imprudencia grave conlleva años de cárcel, causar un aborto en las mismas condiciones de descuido absoluto se salda con una simple multa (!) (30). Este tratamiento permite cuestionar si el sistema de

---

(27) Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 15 de enero de 2026 RES:9/2026 REC:118/2025 (ECLI: ES: APCR:2026:26).

(28) Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 6 de abril de 2022 RES:344/2022 REC:794/2020 (ECLI: ES: TS:2022:1492).

(29) Audiencia Provincial de Ávila, de 8 de julio de 2022 RES:217/2022 REC:161/2022 (ECLI: ES: APAV:2022:238A):«la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto, de forma que, cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración».

(30) Esta incoherencia debilita la fidelidad al Derecho. A mi juicio, si la comunidad percibe que la pena no representa una respuesta racional respecto a la magnitud del riesgo jurídicamente desaprobado, la «sanción» pierde aptitud comunicativa para inyectar al ciudadano respeto a la ley. Al final, si se comprueba que un sistema pro-

penas es realmente coherente y consistente en la valoración y protección de los bienes jurídicos que tiene encomendado el *ius puniendi.*

3.2 **La imprudencia grave en el marco de la manipulación genética**

El segundo grupo contiene un único comportamiento referido a la impudencia grave. La inclusión se motiva por la peligrosidad intrínseca del contexto –ingeniería genética–. Pero también obedece a la probabilidad de resultados que no solo pueden ser graves, sino irreversibles en el contexto incriminado.

– Se castiga la alteración del genotipo con una pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años (art. 159.2).

Continuando con la crítica anterior, dentro de la constelación conceptual de la norma no hay nada que ayude a detectar la gravedad de la imprudencia. Así las cosas, todo queda relegado a meros «elementos casuales», como la realización de manipulaciones genéticas con grave riesgo, infringiendo el más elemental cuidado profesional (pauta abstracta para graduar la imputación) (31). Pero cabe aquí también señalar la necesidad de acudir a las normas reguladoras del respectivo sistema y también resulta imprescindible efectuar un análisis sopesado del contexto puntual donde se desarrolló la acción, es decir, valorar las condiciones con las que actuó, así como examinar las provisiones que pudiendo colocar para impedir el resultado fueron pasadas por alto (32). Sorprende que un evento como este carezca de pautas normativas a modo orientativo respecto a la determinación del acto imprudente; pero a su vez sorprende que el tratamiento penológico no sea grave (se estipula tan solo una pena de multa de seis a

---

tege bienes jurídicos con divergencia irracional se desnaturaliza la prevención general positiva.

(31) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 7 de octubre de 2024 RES:305/2024 REC:241/2024 (ECLI: ES: TSJCV:2024:4999).

(32) Resulta crítico también al respecto, Fernández Bautista S., «Título V. Delitos relativos a la manipulación genética», en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023,* 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 733: «En relación con la comisión imprudente la tipicidad de la conducta está condicionada a que la imprudencia sea grave. Cuestiones dudosas: a) desde una perspectiva meramente científica es cuestionable que pueda producirse una alteración del genotipo de manera imprudente; b) desde la perspectiva jurídica no queda claro si el legislador exige, en todo caso, la concurrencia de la **finalidad distinta a la de disminuir enfermedades o taras también en esta modalidad imprudente**» (negritas en el texto original).

quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años). Retomando, en un ámbito tan complejo como el de la alteración del genotipo, ¿qué puede catalogarse como un «olvido absoluto»? ¿Se trata de un error de protocolo o más bien de un menosprecio deliberado de los estándares científicos?, ¿Es un error voluntario antes de entrar en acción o un descuido grave que puede variar respecto a múltiples causas? Nuevamente, ante la ausencia de parámetros de distinción nítidos, el operador judicial queda en un terreno donde debe aplicar una «aguda sensibilidad valorativa» (33), no se niega que las normas sectoriales puedan aportar al problema, pero no logran acotar con solvencia el meollo de la cuestión. Sin perjuicio de su aparente contradicción, cabe mencionar la imposibilidad de exigir al legislador la inclusión de un catálogo estricto en donde se contemplen todos los escenarios que asuma como graves a modo de cláusula cerrada; otrora, ello resultaría razonable, pero no a la altura de los tiempos.

En otro orden de asuntos, si el legislador considera que el daño potencial es tan catastrófico o puede ser irreversible para la especie humana, la consecuencia jurídica –como se adelantó– resulta desproporcionada por defecto en comparación con otros supuestos tipificados. La citada desproporción de la sanción frente a la «irreversibilidad» del daño sugiere una falta de coherencia en el marco político-criminal del sistema, al menos desde el constructo del principio de proporcionalidad de las penas y del principio de culpabilidad penal.

3.3 **La imprudencia grave en el marco de la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores**

En este grupo se recogen tres modalidades relacionadas con la imprudencia grave. Se regula el contexto de la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores. La inclusión de estos comportamientos regula la protección de importantes intereses jurídicos. La inserción está supeditada a la puesta en peligro de la vida o de la salud de sujetos que se emplazan en situación de prostitución o explo-

(33) Se recoge con cierta nitidez en la sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Jaén, de 19 de octubre de 2022 RES:195/2022 REC:753/2022 (ECLI: ES: APJ:2022:1230): «No es posible un prontuario o un vademécum completo: será el juzgador el llamado a valorar en cada supuesto, sin perder de vista ese parámetro legal orientativo (infracción administrativa grave) del que no puede prescindir, y que le obliga *prima facie* a **explicar por qué pese a constatar una infracción grave descarta la calificación como imprudencia menos grave**» (negritas y cursivas fuera del texto original).

tación sexual. Se prevé tanto una modalidad genérica como dos modalidades específicas para proteger las potenciales víctimas. En las normas revisadas se estipula una protección a sujetos, en cierto sentido todos vulnerables, que como se expuso, ya se sitúan en una actividad peligrosa. De ese modo, las normas juegan un rol de reforzamiento tanto para bienes jurídicos de un orden cualificado como para sujetos en estado de objetiva vulnerabilidad.

– Se castiga a quien por imprudencia grave ponga en peligro la vida o la salud de la persona mayor de edad obligada a ejercer la prostitución. Se pondrá la pena en la mitad superior de la prevista en el inciso primero del citado artículo (art. 187.2.c);

– Se castiga a quien por imprudencia grave ponga en peligro la vida o la salud un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección que está sometido en la prostitución. Se impondrá la superior en grado a la prevista en el citado artículo (art. 188);

– Se castiga a quien captando o utilizando a menores de dieciséis años con fines de espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades y ponga en peligro la vida o la salud del menor por imprudencia grave. Se impondrá la pena de prisión de cinco a nueve años (art. 189.2.d).

Desde la postura aquí defendida, subsiste el albur jurídico de que el sistema penal incurra en un automatismo, pues no basta con confirmar una infracción en un ámbito «no regulado» para calificarla como grave. En el orden temático apuntado, existe la tentación judicial de considerar que, debido a la extrema vulnerabilidad de la víctima (menores o personas obligadas a prostituirse), cualquier descuido es automáticamente «grave», ello, como se sabe, en todas las circunstancias y eventos no siempre es así. Quien razone de ese modo puede desplazar el foco del análisis: en vez de evaluar la intensidad del descuido del agente (el «absoluto olvido» o «menosprecio» de la norma), se termina evaluando la condición de la víctima, lo que pervierte la dogmática de la imprudencia. Ahora bien, si lo comparamos con el tráfico rodado o con la medicina –donde los protocolos son claros– en el ámbito de la explotación sexual o los espectáculos pornográficos, las «normas de atención» son difusas o inexistentes por la propia naturaleza (a menudo clandestina o marginal) de la actividad. A esa ausencia se suma que el legislador no ha establecido una escala precisa para deslindar la gravedad. Sin protocolos claros, para un conjunto de acti-

vidades ya en sí «no regladas», el juez queda «desprotegido» y debe recurrir a una valoración democrática sopesada, lo que en un tema tan sensible como la explotación de menores puede derivar en fallos basados más en la indignación moral que en la técnica jurídica. Desde una perspectiva sistemática puede cuestionarse si determinadas opciones penológicas reflejan adecuadamente la gravedad que el propio legislador atribuye a ciertas modalidades imprudentes. Por caso, cabe discutir si provocar la muerte efectiva de una persona por imprudencia grave tenga una pena máxima menor (4 años) frente a la puesta en peligro de la vida o la salud de un menor en ciertos contextos (pena hasta 9 años de prisión) (34). El resultado letal por imprudencia grave intensifica el injusto al vulnerar la vida, bien jurídico supremo e irrecuperable. La gravedad normativa trasciende el modo de comisión; depende de importantes elementos como la jerarquía del interés protegido y su irreversibilidad. El agente, como portador de roles, comunica una desatención intolerable hacia expectativas sociales esenciales, defraudando la vigencia de la norma protectora. Por todo lo expuesto,

(34) El Derecho Penal, a mi modo de ver, no centra su análisis de valoración en la producción de una lesión naturalística o resultado en términos ontológicos sin más; lo determinante aquí es el quebrantamiento de la vigencia de la norma mediante la efectiva exposición de la víctima a una indebida forma de ataque. Comportamientos complejos, como los recogidos en la norma revisada: grabaciones en alturas o en vehículos sin seguridad; evidencian una desviación manifiesta del rol social exigible al autor. Esa clase de actos comunican socialmente un significado de desatención intolerable frente a los derechos y libertades ajenas que fundamenta la imputación objetiva del riesgo en el resultado normativo. Bajo una perspectiva valorativa de la teoría jurídica del delito, puede hablarse entonces de imprudencia grave como una forma de ataque no permitida al bien jurídico, caracterizada por una violación intensa del deber objetivo de cuidado, que genera un riesgo jurídicamente desaprobado y cuya realización produce un resultado lesivo. No como un mero «estado psicológico» del agente, sino como un desvalor de acción: un comportamiento que se aparta de manera grotesca de lo que la sociedad espera del portador de un rol («médico», «conductor», «profesional», «ciudadano»). Desde mi punto de vista, la imprudencia grave no está supeditada a la intención interna, sino a una comparación normativa: se trata del comportamiento que un hombre razonable y diligente, situado en la misma posición y rol del autor, habría evitado por representar un peligro evidente. En un marco como el citado, la imprudencia grave representa un reproche objetivo a una acción que comunica socialmente un desprecio intolerable a la vigencia de la norma. La gravedad del ataque depende entonces de cuánto se aparta la conducta del estándar del rol social, no de una categoría penal en abstracto. Por ende, en el caso analizado, la imprudencia grave debe tener penas proporcionales a su gravedad para poder cumplir con la función de prevención general positiva. Si la pena no es significativa frente a la cualidad de la imprudencia; el Derecho Penal fracasa en su misión de estabilizar la convivencia social y la protección de bienes jurídicos. Así, Jakobs, G., *La Pena Estatal: Significado y Finalidad,* Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 28-30.

puede sostenerse una «policromía normativa» que genera una distorsión con el principio de proporcionalidad, sugiriendo que el legislador no utiliza la imprudencia grave en este sector como una herramienta retributiva, descuidando una correcta aplicación de medidas de la culpabilidad por descuido. Al hilo de lo expuesto, se defiende que en este apartado la inclusión penológica no resulta del todo plausible, pues, además de lo ya señalado, al no definir comportamientos específicos que constituyan el «menosprecio» exigido en un contexto tan particular, se crea una brecha de «desproporcionalidad» que cuestiona el tratamiento de la imprudencia.

3.4 **La imprudencia grave en el marco de la sustitución de un niño por otro**

En este grupo se fija una modalidad referida a un ámbito concreto que se encuentra delimitado a un sujeto que ostenta una posición de garante cualificada. Esta inclusión obedece, claramente, al máximo estado de indefensión de la potencial víctima. Es evidente además que pueden derivarse un número elevado de escenarios posteriores inciertos que podrían afectar de forma mucho más rápida los intereses del menor. Asimismo, no solo se protegen los intereses del sujeto pasivo, también se tutelan derechos indiscutibles de los progenitores o guardadores del menor sustituido.

– Se castiga la sustitución de un niño por otro realizada en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave por parte de los responsables de su identificación y custodia. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a un año (art. 220.5).

Se trata de un delito especial. En esta norma, claramente, perdura el riesgo dogmático de considerar que, debido a que el sujeto activo (personal sanitario o sociosanitario) tiene un deber de cuidado muy alto, cualquier error en la identificación se califique automáticamente como «grave». El problema es que la sustitución puede producirse por errores leves o no tan graves, quedando todo en la necesaria determinación del resultado para poder, o bien imputar o bien descartar la tipicidad del comportamiento (35). Sin embargo, alguien puede soste-

(35) Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 5 de febrero de 2007 RES:13/2007 REC:3010/2007 (ECLI: ES: APSS:2007:141A): «Con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un elemento psicológico que afecta al poder y facultad humana de previsión y se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y el normativo presentado por la infracción del deber de cuidado. Tal deber de

ner que no basta con constatar una infracción en un ámbito regulado para que sea penalmente relevante en materia de tipicidad. La gravedad de la imprudencia puede residir en la intensidad del descuido (el «olvido absoluto» o el «menosprecio» de las normas más básicas que regulan esa actividad). Pero la realidad es que ello no siempre resulta sencillo a la hora de ser trasladado a los casos específicos que en la práctica suelen darse. Cabe entonces recordar que no simplemente en el estatus de quien comete el error (o en la importancia de lo que se custodia) radica la gravedad intrínseca del acto de forma automática. Pues bien, en los centros sanitarios modernos, la identificación es un proceso sistémico y digitalizado (pulseras, ADN, bases de datos, registros; etc.). Sea como fuere, el legislador no marca un baremo

---

cuidado puede establecerse en un precepto jurídico o en la norma de la común y sabida experiencia general tácticamente admitida y guardada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la actividad social. Tal relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser directa, completa e inmediata. Dentro de este contexto, la "imprudencia profesional" tiene su base y fundamento punitivo en la impericia. El otorgamiento de un título profesional crea, indudablemente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiendo por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia como en la gravemente defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente. Distingue, a este respecto, la jurisprudencia entre la "culpa del profesional" y la "culpa propiamente profesional", siendo aquella la imprudencia común cometida por un profesional y esta la que descansa en una impericia crasa [Sentencia del Tribunal Supremo 17-2-86 (RJ 1986, 616)] o en la vulneración de la *lex artis* [Sentencia del Tribunal Supremo 28-11-87 (RJ 1987, 8623)], si bien, como se dice en la Sentencia de 28-9-87 (RJ 1987, 6646), los límites entre la "culpa del profesional" y la "culpa profesional" son "indecisos y confusos". En la actuación de profesionales de la medicina, la imprudencia debe ser considerada como grave cuando se produce inobservancia de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales de la profesión médica, o por conducirse con singulares descuido, abandono o ligereza, impropios de las normas deontológicas que rigen el ejercicio de la profesión médica, mientras que la imprudencia habrá de ser considerada como leve, cuando el facultativo no se ha comportado con exquisito celo, extremando todas y cada una de las precauciones propias del caso, no adoptando las cautelas y prevenciones medias que el caso aconsejaba. A la vista de las diligencias practicadas, y a la luz del recurso señalar que la cuestión litigiosa se plantea en una cuestión eminentemente jurídica, relativa a la autoría del hecho imprudente, y por otro, la gradación de la imprudencia. En relación al primer extremo, señalar que en la cadena de la custodia y vigilancia de los menores no ha quedado acreditado el concreto momento ni la actuación relevante que en dicho proceso dio lugar a la sustitución. Ello lleva como consecuencia que no puede imputarse a persona concreta el cambio de la pulsera y el consiguiente error identificativo que dio lugar al cambio de bebés, y esa misma concurrencia de actuaciones profesionales impide calificar la entidad de la negligencia en su mayor grado, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivarse de otros órdenes».

claro o una escala precisa para valorar cuándo un fallo en estos protocolos es una imprudencia «grave» o un error sistémico. Mediante la utilización de fórmulas ambiguas se «abandona» al juzgador en un terreno donde es difícil distinguir entre un descuido leve (no punible) y uno grave en un entorno de alta presión asistencial.

Resulta paradójico que un hecho que altera irreversiblemente la vida, la filiación y la identidad de un niño y su familia tenga una pena tan exigua (prisión de 6 meses a 1 año). Esta policromía normativa sugiere que el legislador carece de un criterio unificado sobre la configuración de una imprudencia grave y no goza de un sistema lógico que permita «modular» de forma racional actos graves con penas graves; pues, en este caso, casi nadie puede negar que el acto en sí –sustituir un niño por otro– es grave con independencia de la graduación del descuido. En efecto, si el daño es tan profundo y rápido para los intereses del menor y de terceros legítimos, la levedad de la pena contradice la etiqueta de «gravedad» del comportamiento.

3.5 **La imprudencia grave en los daños**

En este grupo se fija una única modalidad de imprudencia grave respecto a los delitos de daños. La citada modalidad comisiva está delimitada al valor del objeto del delito. Es una de las pocas normas penales que incluye criterios propios, aunque insuficientes, para determinar el comportamiento imprudente como grave. Por otro lado, si bien no se refiere la norma a bienes jurídicos irrecuperables, la cuantía del objeto parece justificar la inclusión del comportamiento en la modalidad de imprudencia grave punible.

– Se castiga la realización de daños por imprudencia grave que ostente una cuantía superior a 80.000 euros. Se impone una pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia del resultado (art. 267 párrafo 1.º).

La calificación de gravedad debe exigir una valoración sobre la intensidad del descuido, no simplemente sobre la factura del daño. Bajo este criterio, un error técnico mínimo que cause un daño de 81.000 € ¿sería «imprudencia grave»?, ¿un desprecio absoluto por las normas de seguridad que cause un daño de 79.000 € no sería punible bajo este precepto? Salvo equívocos, se trata de una insuficiencia dogmática palmaria. En este ámbito, al existir multiplicidades de contextos, la multiplicidad poco ayuda a definir la intensidad

de la imprudencia. Pero como el artículo 267 1.º se centra solo en el valor del objeto, ignora si el sujeto actuó con «indiferencia hacia bienes ajenos» o si fue un simple accidente fortuito con consecuencias costosas. Si el legislador considera que el comportamiento es «grave» porque el daño supera los 80.000 euros, la sanción (una mera multa) resulta sorprendentemente leve en comparación con las penas de prisión de otros delitos de imprudencia grave. Esto sugiere que el legislador no castiga la «peligrosidad» de la conducta, parece que utiliza el Derecho Penal como una suerte de mecanismo de compensación civil reforzado. Puede castigarse monetariamente al infractor porque el daño fue caro, no porque su conducta fuera cualitativamente intensa y costosa. Resulta a su vez muy difícil marcar pautas que indiquen la necesidad de tener especial cuidado frente a objetos valiosos, pues la intersubjetividad para estos contextos no siempre puede quedar por sentada, entre otros motivos, porque no es exigible al hombre medio un conocimiento técnico plural respecto a «las cosas de valor».

3.6 **La imprudencia grave en el marco del blanqueo de capitales**

En este grupo se fija una única modalidad de imprudencia grave respecto al delito de blanqueo de capitales. El comportamiento descrito en la norma afecta en cierto modo los intereses del Estado (incluyendo la ciudadanía general); probablemente sea ese un criterio que justifique la inclusión de la norma en la modalidad de imprudencia grave.

– Se castiga el blanqueo por imprudencia grave con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo (art. 301.3).

Resulta forzoso aceptar la disconformidad de un sistema que protege con más severidad el orden socioeconómico y los «intereses del Estado» (hasta 2 años de cárcel) que la vida prenatal o la integridad física de las personas en la regulación de la imprudencia grave. Esta disparidad refuerza la pregunta que dio cita a esta investigación: «¿es en realidad grave la imprudencia grave?», sugiriendo que la punición en el blanqueo obedezca más a una estrategia de prevención general y control estatal que a un juicio equilibrado de culpabilidad por el descuido, las dudas sobre la justificación de este comportamiento no parecen disiparse, al menos desde la variante de la proporcionalidad de las penas.

3.7 **La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores**

En este grupo se fija una única modalidad de imprudencia grave en el ámbito de los delitos contra los trabajadores. La dinámica laboral, en sus diferentes ámbitos, puede derivar en comportamientos altamente peligrosos y no necesariamente en trabajos de alto riesgo (36). En ese sentido, es posible defender que ese sea el motivo para incluir la norma en la modalidad de imprudencia grave. Se trata, como puede intuirse, de elevar la protección a un colectivo valorado como «parte más vulnerable» en una relación contractual.

– Se castiga a quien por imprudencia grave infrinja las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no facilite los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física. Se fija una pena de hasta seis meses y multa de hasta seis meses (art. 317).

No se puede trasladar automáticamente la infracción grave de una norma sectorial (como la de Prevención de Riesgos Laborales) al ámbito penal. Que una empresa infrinja normas de prevención de riesgos laborales, considerado así por la Inspección de Trabajo, no significa, *per se,* la configuración de una imprudencia grave penal. De ahí la necesidad de fijar criterios solventes que permitan delimitar el riesgo en materia de imputación a la hora de aplicar esta norma penal. Así pues, en el sector laboral, la relación entre el descuido y el riesgo no siempre es inmediata ni idéntica debido a la multiplicidad de sectores y de funciones. La exposición a riesgos en algunos contextos laborales puede ser prolongada y no generar ni un daño instantáneo ni una puesta en peligro. Esta realidad dificulta confirmar si el autor del presunto delito obró con ese «grado elevado de indiferencia» que exige la imprudencia grave penal para trascender la mera desatención.

El tratamiento penológico no parece del todo razonable. Cabe reseñar este particular sin ánimos de sobredimensionar el objeto jurídico previsto en la norma. Así pues, por poner en peligro grave la vida o la salud de un trabajador, la pena es de escasos seis meses de pri-

(36) Olaizola Nogales, I., «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», *InDret Penal* (2), 2010, pp. 5-34.

sión… Esta particular cuestión vuelve necesariamente a sugerir que, a pesar de que el legislador adopte la decisión de proteger a la «parte más vulnerable» en una relación contractual, la respuesta penal no parece acertada, lo que pone en duda la coherencia y la consistencia del sistema de la imprudencia en su conjunto.

3.8 **La imprudencia grave en el marco de los delitos contra el patrimonio histórico**

En esta modalidad se fija un único comportamiento respecto a la causación de daños imprudentes. La norma pretende dotar de mayor protección –en vía de imputación extraordinaria– a un elevado número de objetos referidos al patrimonio histórico. Se incluye la protección de importantes esencias ante comportamientos imprudentes, actos que pueden destruir valores históricos y de gran importancia cultural para la nación (de ahí que el Capítulo donde se ubica la norma lleve por nombre «Delitos sobre el patrimonio histórico»).

– Se castiga a quien por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. Se impone una pena de multa de tres a 18 meses y se atenderá a la importancia del resultado (art. 324).

A diferencia de los daños genéricos (donde el umbral son 80.000 €), aquí el legislador fija el límite en tan solo 400 euros. Al fijar una cuantía minúscula, el legislador, prácticamente, vacía de contenido el componente económico para distinguir la gravedad, es decir, cambia de criterio. En el patrimonio histórico, casi cualquier daño (por mínimo que sea) superará los 400 euros. Una vez más, esto obliga a que toda la carga de la «gravedad» recaiga sobre la valoración de la conducta. Se detecta a su vez la ausencia de un «baremo medidor claro» así como la falta de una «escala precisa». Tal escasez de criterios positivos, favorece a que el operador judicial quede en un terreno de aguda sensibilidad valorativa, esto es, donde deba decidir si un descuido es grave basándose en etiquetas ambiguas como el «absoluto olvido de la norma de atención», que, dicho sea de paso, debe aplicarse en diversos contextos espacio temporales, factor que aumenta la dificultad valorativa en materia de imputación (37). Así

(37) Con absoluta claridad se recoge en la sentencia proferida por el Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 28 de septiembre de 2023 RES:714/2023

pues, ante la pérdida de un objeto irreemplazable (un cuadro de Goya, un yacimiento), es posible que el juzgador califique la imprudencia como «grave» únicamente por la irreversibilidad del resultado; no por la cualidad de la acción. Desde la posición adoptada aquí, la imprudencia grave debe revelar una indiferencia que trascienda la mera desatención. En este sector, se corre el riesgo de castigar el «pecado» de perder la historia más que la «culpa» del descuido técnico.

El sistema penal español parece valorar la gravedad de forma errática: es más grave (en términos de días multa) un descuido sobre un objeto cultural barato que un descuido masivo sobre el patrimonio económico de un particular. La regulación del patrimonio histórico evidencia cómo el legislador sobrecarga la etiqueta de «imprudencia grave» para proteger bienes simbólicos, pero falla al no proporcionar herramientas técnicas al juzgador para definir esa gravedad más allá de la indignación social por la pérdida del objeto.

REC:5816/2021 (ECLI: ES: TS:2023:3986): «Mientras tanto, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia, pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir), pero en menor medida de exigencia que en la grave en el nivel de previsibilidad y exigencia de ese deber de cuidado, debiendo acudirse a la casuística para contemplar según destaca la Jurisprudencia de esta Sala y la doctrina más cualificada: a.- El nivel de exigencia de observancia del deber de cuidado que se exigía a la persona. b.- El alcance de la infracción de ese deber de cuidado. c.- La intensidad o relevancia de esa infracción. d.- El riesgo físico que se derivaba de esa omisión del deber de cuidado. e.- El nivel de previsibilidad exigible. f.- La condición profesional del responsable. g.- La relación de causalidad entre la conducta u omisión desplegada y el resultado lesivo producido. h.- El valor del bien jurídico en juego o la entidad del daño que amenaza, el grado de la previsibilidad (objetiva) y también de la previsión (subjetiva) del peligro, o la probabilidad de que el daño se produzca, las medidas adoptadas para proteger el bien jurídico o el grado de la tolerancia social a la exposición al peligro del bien jurídico protegido. i.- Desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. j.- Desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. k.- Cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración. l.- La peligrosidad de la conducta, que depende, a su vez, de la probabilidad de lesión del bien y la importancia de éste, y la aceptación social del riesgo».

3.9 **La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente**

En este grupo se fija una modalidad que incluye nueve comportamientos delictivos. Para la fijación de la pena es necesario acudir a un ejercicio de determinación, que obliga a la remisión de otras normas. La importancia de estos preceptos no requiere argumentación, es innegable que el medio ambiente se encuentra amenazado y lesionado constantemente por la raza humana, por ello, parece lógico incluir la modalidad de imprudencia grave.

– Se castiga a quien por imprudencia, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas. Se prevé una pena de multa hasta diez meses y una inhabilitación especial hasta un año (art. 325.1.);

– Se castiga a quien por imprudencia grave realiza las conductas previstas en el artículo 325.1 por sí mismo o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años (art. 325.2.);

– Se castiga a quien por imprudencia grave genera un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. Se prevé una pena de prisión de hasta dos años, pena de multa hasta ocho meses y una inhabilitación hasta un año (art. 325.2. párrafo segundo);

– Se castiga a quienes por imprudencia grave, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses y una multa hasta diez meses e inhabilitación hasta un año (art. 326.1.);

– Se castiga a quienes por imprudencia grave trasladen una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos, será castigado con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año (art. 326.2.);

– Se castiga a quienes por imprudencia grave, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses y una multa hasta diez meses e inhabilitación hasta un año (art. 326 bis.);

– Se castiga a la autoridad o al funcionario público que por imprudencia grave y a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 del CP y, además, con la de prisión de seis y multa de ocho meses (art. 329.1.);

– Se castiga a la autoridad o al funcionario público que por imprudencia que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. Será castigado con la pena establecida en el artículo 404 del CP y, además, con la de prisión de seis y multa de ocho meses (art. 329.2.);

– Se castiga a quien por imprudencia grave en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de un año y multa de doce meses (art. 330).

En los nueve comportamientos descritos en este apartado (emisiones, vertidos, gestión de residuos, etc.), la gravedad es «totalmente invisible» en el texto legal. No existen parámetros propios que guíen al operador judicial, quien debe reforzar su interpretación en lugar de contar con certeza jurídica. A la luz de la tesis defendida en este tra-

bajo, se constata un error de la automaticidad: no toda infracción administrativa grave se traduce instantáneamente en una imprudencia penal grave. En estos apartados se vislumbra que el sistema penal se trasviste en un simple «reforzamiento» de la norma administrativa, sin realizar un juicio de desvalor propiamente penal sobre el comportamiento del sujeto.

Muchos de los tipos penales (como la gestión ilegal de residuos del art. 326.1) son en realidad delitos especiales encubiertos. Aunque teóricamente cualquier persona podría cometerlos, en la práctica solo sujetos con condiciones y conocimientos específicos (operadores industriales, gestores de residuos, funcionarios) están en posición de infringir estos deberes cualificados de cuidado. En ese sentido, se defiende que el deber de cuidado en este sector es de carácter expansivo y obliga al intérprete a remitirse constantemente a normativas técnicas complejas, lo que diluye la autonomía del Derecho Penal para definir sus propios umbrales de criminalidad imprudente, al menos, a la hora de determinar la gravedad de la imprudencia en contextos tan especializados, como ocurre en la protección de los recursos naturales y el medio ambiente.

Para cerrar, el apartado revela un sistema que, aunque reconoce la amenaza humana sobre el medio ambiente, falla al no dotar al juzgador de herramientas objetivas que le permitan definir con cierta facilidad la imprudencia, resultando en un registro normativo donde la gravedad es un concepto gravemente indeterminado y las penas no reflejan la irreversibilidad de los daños potenciales en algunos casos.

3.10 **La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la flora y fauna**

En este grupo se instauran dos normas penales, en las que se incluyen un extenso número de verbos para proteger tanto la fauna como la flora. Las dos normas exponen comportamientos que exigen resultados en sentido fenoménico, pero también presentan otros que pueden ser apreciados como delitos de peligro.

– Se castiga a quien por imprudencia grave infrinja las leyes u otras disposiciones de carácter general, corte, tale, arranque, recolecte, adquiera, posea o destruya especies protegidas de flora silvestre, o trafique con ellas, sus partes, derivados de las mismas o con sus propágulos, salvo que la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie. Se impondrá una pena de prisión de tres meses

a un año o multa de cuatro a ocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a dos años (art. 332);

– Se castiga a quien por imprudencia grave quebrante las leyes u otras disposiciones de carácter general: a) cace, pesque, adquiera, posea o destruya especies protegidas de fauna silvestre; b) trafique con ellas, sus partes o derivados de las mismas; o, c) realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración. Se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de tres meses a dos años (art. 334.3).

En similitud a la crítica anterior, la regulación en este apartado es un ejemplo adicional de simbolismo penal: se incluyen muchos verbos, especies y subespecies que dan al lector una sensación de protección, pero se deja vacía la definición de «gravedad» y se imponen penas tan bajas que el sistema parece admitir que, en el fondo, no considera estos actos como verdaderamente graves, o, al menos, no se considera estos comportamientos como importantes…

3.11 **La imprudencia grave en el marco de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes**

Este grupo incluye una modalidad supeditada a la comisión de otros delitos; también prevé una segunda modalidad relacionada tanto a la causación de un resultado como a la creación de un riesgo potencial. La modalidad se puede justificar por la peligrosidad intrínseca de los propios objetos, materiales que a su vez pueden producir daños irreparables a la humanidad.

– Se castiga a quien por imprudencia grave libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión. Pena de prisión hasta de quince años e inhabilitación hasta diez años (art. 341);

– Se castiga a quien, por imprudencia grave sin estar comprendido en el artículo anterior, perturbe el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o altere el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, creando una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas. Prisión hasta cuatro años e inhabilitación hasta seis años (art. 342);

– Se castiga a quien, por imprudencia grave mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, o la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones ponga en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas. Se prevé una pena de prisión hasta seis años y una inhabilitación hasta seis años (art. 343).

Lo más relevante de este sector es la naturaleza del objeto: materiales que poseen una peligrosidad específica, capaz de producir daños irreparables a la humanidad. A diferencia de otros comportamientos delictivos, se castiga con severidad tanto la causación de resultados como la mera creación de un riesgo potencial (delitos de peligro). El contexto nuclear no permite errores; el «descuido» aquí no afecta a un individuo, sino potencialmente a la salud pública y al ecosistema de forma permanente. Al juicio de esta aportación, uno de los problemas de la norma es que no aclara si la «gravedad» reside en el olvido absoluto de una norma básica de seguridad o en el menosprecio deliberado de los estándares científicos de la industria. A lo que cabe añadir que tampoco se diferencia, con la necesaria claridad, entre el descuido de un tercero y la infracción de los deberes especiales de control que incumben a sujetos cualificados, quienes tienen una capacidad superior de lesionar el bien jurídico. Expresado de forma resumida, las normas penales reconocen la peligrosidad del sector nuclear, pero fallan estrepitosamente al no dotar al concepto de «imprudencia grave» de un umbral exacto de descuido, dejando la seguridad jurídica a merced de interpretaciones subjetivas en el ámbito de mayor riesgo tecnológico de nuestra sociedad.

3.12 **La imprudencia grave en el marco de los delitos de estragos**

En este grupo se recoge una única modalidad respecto a la causación imprudente. La sanción se extiende a las modalidades o modos contempladas en el precepto que precede a la inclusión de la imprudencia (38).

(38) Cardenal Montraveta S., «Delitos contra la seguridad», en M. Corcoy Bidasolo (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Adaptado a las LLOO 1/ 2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de Reforma del Código Penal),* 3.ª ed., Valencia, 2019, p. 628: «La imprudencia grave requiere que el sujeto infrinja una norma esencial de cuidado e incurra en un error sobre la concurrencia de todos o alguno de los elementos del tipo objetivo (STS 623/22, 22-6, encender una llama en un local en el que se estaba manipulando gas; SAP. Illes Balears 1.ª 122/00, 29-9, manipulación imprudente de gasolina en contacto con el fuego). Aquí, el autor infringe una norma esencial de cuidado, pero desconoce o descarta la posibilidad de provocar una explosión o una situación de similar potencia destructiva, y/o la destrucción o afectación

– Se castiga a quien por imprudencia grave provocare un delito de estragos. Se impondrá una pena de prisión de uno a cuatro años (art. 347).

En continuidad con otros delitos del catálogo revisado, uno de los problemas primordiales del artículo 347 es que la gravedad de la imprudencia es «totalmente invisible» en el texto legal. No se establece un umbral exacto de descuido que justifique calificar un comportamiento como «grave» cuando el resultado es un estrago (una catástrofe o destrucción a gran escala). El citado tratamiento penológico muestra que, para el legislador español, provocar un desastre (estragos) por una imprudencia «grave» no es, legalmente, un delito grave.

El sistema parece admitir que el descuido absoluto sobre fuentes de peligro que pueden causar una devastación masiva merece un tratamiento penológico laxo, más cercano a la infracción administrativa que a la verdadera criminalidad grave (39). Para dar continuidad con la próxima sección, cabe apuntar que, en el delito de estragos, es fácil que el intérprete se deje seducir por la espectacularidad o irreversibilidad del daño (el estrago en sí) para calificar la imprudencia como grave, en lugar de analizar si existió o no de qué forma surgió un olvido absoluto o un deliberado menosprecio de la norma de cuidado.

3.13 **La imprudencia grave en el marco de los delitos de incendios**

Se regulan una serie de comportamientos relativos a incendios en diferentes modalidades que atienden a la cualidad o modo comisivo que produce el resultado (40). La provocación de incendios es un

---

significativa de los bienes y/o servicios mencionados en el artículo 346, y/o la creación de un peligro para la vida o la integridad de las personas. Cuando los elementos del delito de daños se realicen dolosamente, existirá un concurso entre este delito y el delito imprudente de estragos».

(39) Es especialmente criticable que, ante conductas que pueden generar resultados irreversibles para la vida humana y el medio ambiente, la consecuencia jurídica se limite a una horquilla de 1 a 4 años, lo que vulnera los principios de proporcionalidad penal y retribución.

(40) Cardenal Montraveta, S., «Delitos contra la seguridad», en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de Reforma del Código Penal),* 3.ª ed., Valencia, 2019, p. 639: «Comisión por imprudencia grave (art. 358). P.ej., actúa con imprudencia grave quien prende dos hogueras para quemar ramas secas de frutales y sarmientos en una finca próxima a una zona de masa forestal, y se ausenta del lugar para proseguir sus faenas antes de que el fuego estuviera totalmente apagado, dando lugar a que el viento lo reavivara y se propague (SAP Granada 1.ª 488/08, 24-7). También analizan incendios imprudentes la STS 88/05, 31-1 (el condenado realizó la noche de San Juan un ritual encendiendo una serie de velas en un pinar, en contacto

comportamiento altamente peligroso, es lógico que los efectos no solo puedan ser altamente lesivos, sino irreparables tanto para las personas como para el medio ambiente; pero también de forma colateral para otra clase de bienes materiales.

– Se castiga el incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas realizado por imprudencia grave. Prisión hasta diez años (art. 351);
– Se castiga el incendio forestal provocado por imprudencia grave. Pena de prisión hasta un año y multa hasta doce meses (art. 352);
– Se castiga la prendida de fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio por imprudencia grave. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses y multa hasta seis meses (art. 354);
– Se castiga el incendio de zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural por imprudencia grave. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses y multa hasta seis meses (art. 356);
– Se castiga a quien por imprudencia grave provoque incendios en bienes propios (art. 357).

El hecho de que un incendio forestal grave se salde con penas tan bajas evidencia la escasa importancia que el legislador otorga a estos bienes jurídicos, tratando la imprudencia penal más como una infracción administrativa reforzada que como un verdadero crimen grave. Aquí cabe recordar que un incendio es un asunto delicado con independencia del modo de causación (doloso o culposo). Ahora bien, ante la inexistencia de parámetros propios, varias cuestiones quedan sin respuesta, como la determinación de si prender fuego en condiciones de viento o sequía es una imprudencia grave o menos grave queda al arbitrio del juez. Esto último podría generar inseguridad jurídica en un sector que afecta a intereses colectivos y de primer orden.

3.14 **La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la salud pública**

La inserción de esta modalidad se justifica tanto por la importancia del bien jurídico protegido, la salud, como por la gravedad intrínseca de los comportamientos y contextos descritos en las normas. Se

---

directo con el suelo cubierto de vegetación forestal y en condiciones meteorológicas adversas) y las SSAP Pontevedra 2.ª 32/10, 24-2 (quema de rastrojos); Barcelona 5.ª 203/08, 26-3 (caída de dos postes de alta tensión); Zamora 89/01, 22-11 (chispas del tubo de escape del tractor)».

trata de un aspecto fundamental respecto a la posibilidad del desarrollo de la personalidad de los ciudadanos en un Estado social.

– Se castiga a quien, por imprudencia grave sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses y multa hasta seis meses (art. 359);

– Se castiga a quien por imprudencia grave hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos. Se prevé una pena de multa hasta seis meses (art. 360);

– Se castiga a quien por imprudencia grave fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley, o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses y multa hasta seis meses (art. 361);

– Se castiga a quien por imprudencia grave distribuya o difunda a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover o facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas. Se prevé una pena alternativa, esto es, prisión hasta un año y multa hasta seis meses (art. 361 bis);

– Se castiga a quien por imprudencia grave el que elabore o produzca, un medicamento, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación; o una sustancia activa o un excipiente de dicho medicamento; un producto sanitario, así como los accesorios, elementos o materiales que sean esenciales para su integridad; también a quien altere, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de cualquiera de los medicamentos, sustancias, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales mencionados en el apartado anterior, de

un modo que reduzca su seguridad, eficacia o calidad, generando un riesgo para la vida o la salud de las personas. Se estipula una pena de prisión hasta seis meses y multa hasta seis meses (art. 362);

– Se castiga a quien por imprudencia grave al que, con conocimiento de su falsificación o alteración, importe, exporte, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda, facilite, expenda, despache, envase, suministre, incluyendo la intermediación, trafique, distribuya o ponga en el mercado, cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el artículo anterior, y con ello genere un riesgo para la vida o la salud de las personas. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses y multa hasta seis meses (art. 362 bis);

– Se castiga a quien por imprudencia grave elabore cualquier documento falso o de contenido mendaz referido a cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el apartado 1 del artículo 362, incluidos su envase, etiquetado y modo de empleo, para cometer o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses y multa hasta seis meses (art. 362 ter);

– Se castiga a quien por imprudencia grave a los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos. Se prevé una pena de prisión hasta seis meses, multa hasta seis meses e inhabilitación especial para (art. 362 quinquies);

– Se castiga a los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores: ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición; fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud traficando con géneros corrompidos; elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos; ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos. Se prevé una pena de prisión hasta un año, multa hasta seis e inhabilitación hasta tres meses (art. 363);

– Se castiga a quien por imprudencia grave adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario. Se prevé una pena de prisión hasta un año y multa hasta seis. Si el reo fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios se impondrá la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio hasta seis años (art. 364);

– Se castiga a quien por imprudencia grave al que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. Se prevé una pena privativa de libertad hasta dos años (art. 365).

Este grupo revela una de las mayores contradicciones del sistema penal español: la protección de un bien jurídico fundamental para el desarrollo de la personalidad en un Estado social, pero bajo una perspectiva normativa que adolece de una alarmante levedad penológica e indeterminación técnica.

La salud es un pilar que permite a los ciudadanos desarrollar su personalidad y los escenarios descritos (elaboración de medicamentos, manipulación de alimentos, suministro de sustancias nocivas) implican una peligrosidad inherente que justifica la intervención penal incluso ante conductas no pretendidas (imprudentes). Desde la postura defendida en esta investigación, el grupo de preceptos revisados muestra un horizonte legal que, si bien retóricamente protege la salud pública, en la práctica la desprotege mediante la indeterminación de la culpa y la levedad del castigo. A lo que se puede añadir que varios de los escenarios resultan de difícil determinación respecto a la causación de resultado por imprudencia.

3.15 **La imprudencia grave en el marco de los delitos de falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles**

Se incluye una modalidad referida a eventos como la alteración de documentos, simulación, suposición o alteración de la veracidad (41).

(41) Queralt Jiménez, J., «§19 Falsedades (I)», *Derecho Penal español. Parte Especial,* 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 696: «Dos son las conductas que describe el tipo. Por un lado, con la tradicional deficiente técnica, alude la Ley a que el sujeto activo incurra en una falsedad; se incurre en errores o en otros estados, pero no se incurre en hechos: los hechos se comenten. La comisión de alguna de las falsedades relacionadas en el artículo 390 es el objeto del presente delito; quedan así

Al respecto, el objeto jurídico goza de una importancia irrefutable, sin embargo, sorprende que las consecuencias jurídicas sean similares para la afectación de bienes jurídicos de mayor trascendencia social.

– Se castiga a la autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo 390 del Código Penal o diere lugar a que otro las cometa (42). Se impondrá una pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año (art. 391).

Los escenarios del apartado no son meros errores burocráticos, más bien implican una diversidad de actos de alta complejidad técnica y funcional. La norma incluye desde la alteración física de documentos hasta la simulación total, la suposición de intervención de personas o la alteración de la veracidad en la narración de hechos. Esta «policromía» de conductas sugiere que no estamos ante un descuido aislado, sino ante la quiebra de protocolos complejos de autenticidad que sostienen el tráfico jurídico. La peligrosidad en este contexto no es fenoménica (como un incendio), sino institucional. Una autoridad que, por «olvido absoluto» de sus deberes, permite la entrada de documentos falsos en el sistema, genera un riesgo de inestabilidad jurídica que puede afectar a terceros de forma irreversible. La relación con la imprudencia aquí es estrecha: la fuente de peligro es la propia potestad certificadora del funcionario, cuyo descontrol equivale a dinamitar la confianza en el Estado. Así pues, el autor del hecho es una autoridad o funcionario público que ostenta una posición de garante cualificada sobre la veracidad documental. La gravedad de la imprudencia en este escenario no debería medirse por un baremo genérico, sino por la infracción de deberes especiales de control que son inherentes al cargo. Aun así, se aprecia que el sistema falla al no concretar qué constituye una ignorancia inexcusable o un menosprecio deliberado de la *lex artis administrativa,* dejando la decisión en manos del operador judicial.

Se castiga con una multa de seis a doce meses y una suspensión temporal de empleo. Resulta «sorprendente» y «alarmante» que afec-

incluidos también los errores groseros en materia de derecho matrimonial cuando la inscripción registral se hace sin la observancia estricta de los requisitos de registrabilidad estatuidos por la Ley».

(42) Las falsedades a las que se refiere el artículo 390 son las siguientes: 1.º Alteración de un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulación de un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suposición de un acto de la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Alteración de la verdad en la narración de los hechos.

tar a la fe pública –pilar del Estado de Derecho– tenga consecuencias jurídicas similares a delitos de mucha menor trascendencia social. Esta estructura de penas confirma que el legislador español otorga una «escasa importancia» real a este comportamiento, tratándolo más como una infracción administrativa que como un verdadero delito grave. Es una contradicción flagrante: se etiqueta la conducta como «imprudencia grave», pero se le asigna una pena que, según el propio Código Penal, ni siquiera permite clasificar el hecho como un «delito grave».

3.16 **La imprudencia grave en el marco de la prevaricación judicial**

Se incluye un supuesto relacionado en los delitos contra la Administración de Justicia. Probablemente, uno de los más importantes en lo que respecta a los valores que integran la confianza al Estado de Derecho. El bien jurídico y el sujeto activo cualificado son elementos suficientes para justificar la prevaricación judicial en la modalidad imprudente. Sin embargo, la norma no contiene criterios propios para determinar cuándo la imprudencia debe ser valorada como grave. Incluye una expresión, «ignorancia inexcusable», pero en muchos casos puede resultar irrelevante dada su elevada ambigüedad.

– Se castiga al Juez o al Magistrado que por imprudencia grave dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta. Se impondrá una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años (art. 447).

El legislador –como se apuntó *supr*a– emplea la expresión «ignorancia inexcusable», la cual puede resultar irrelevante, a todo esto, la expresión «ignorancia inexcusable» solo aparece una vez en todo el Código Penal, ello demuestra que no existe un concepto normativo al respecto (43). En ese sentido, no se define qué nivel de desconoci-

(43) Con el recato que merece el tratamiento de esta compleja temática para la teoría jurídica del delito, entiendo que la inclusión de conceptos normativos a lo largo del Código Penal tampoco es la solución más loable al problema de delimitación que he venido efectuando en este trabajo. En ese sentido, conviene revisar, con matices, la valoración efectuada otrora por: Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal,* 2.ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 210: «La "imprudencia" es siempre, pues, un concepto normativo, cuya esencia no era capaz de aprehender una teoría naturalista de la culpabilidad anclada únicamente en el nexo-psicológico "quasicausal". Podría resumirse todo lo anterior en la conclusión siguiente: la metodología naturalista del positivismo cerraba las puertas a una adecuada comprensión de la

miento técnico hace que la imprudencia pase de ser un error humano a un delito grave, como se ha reiterado, al igual que en otros delitos, la norma no contiene criterios para determinar la gravedad. El sistema abandona al intérprete y no le ofrece certeza jurídica. Incluso el Código Ético para la Carrera Judicial no resulta del todo suficiente al no aportar pautas claras para graduar esta variante de culpa. Casi nadie negaría que la prevaricación judicial por imprudencia es uno de los supuestos más graves para el Estado de Derecho, aun así, «goza» de una redacción ambigua y de una pena que no cumple con el principio de proporcionalidad penal y de retribución. Desde el punto de vista defendido en este trabajo, se trata de un indicio claro de la escasa importancia que el legislador otorga realmente los comportamientos referidos en la imprudencia grave.

3.17 **La imprudencia grave en el marco de la deslealtad profesional**

Sobre esta clase de contextos se incluyen dos variantes cuyos autores son sujetos cualificados: abogado o procurador. La primera variante se refiere a una deslealtad en el ámbito de enemistades; mientras que en la segunda apunta a una inobservancia profesional que deriva en perjuicio del apoderado. La inclusión de ambos comportamientos se justifica no solo por cuestiones deontológicas, sino por el elevado número de consecuencias que pueden derivarse a partir de un acto de deslealtad profesional (44).

---

esencia correspondiente a las categorías centrales de la teoría del delito. Ni siquiera la introducción de la idea de "fin" y de aproximación a la realidad empírica, operada por la dirección naturalista de Von Liszt, bastaba –a diferencia de lo que durante largo tiempo se pensó respecto de la jurisprudencia de intereses en la metodología jurídico-privada– a las exigencias de la dogmática penal. Es muy posible que ello facilitase la más pronta recepción en nuestra disciplina de los aires de renovación metodológica que surgieron del neokantismo».

(44) A diferencia del artículo 467.1, cabe apuntar que, respecto a la imprudencia grave punible, es menester determinar una afectación, pues, a decir verdad, ninguno de los tipos representa adelantamiento de las barreras de protección. Más al respecto, véase, Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial,* 24.ª ed., *revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 936: «Este apartado prevé también la punición de "los hechos" (a pesar del plural estimo que sólo se refiere al previsto en este apartado) realizados por imprudencia grave. Una forma de perjuicio para el cliente puede ser la revelación de hechos de carácter secreto, que el cliente no quiere que se conozcan, aunque su divulgación pudiera beneficiarle jurídicamente (por ej. la revelación de la impotencia de un acusado de violación). Sin embargo, este hecho podría constituir también un delito de revelación del secreto profesional del artículo 199.2, que entraría en concurso ideal con este

– Se castiga al abogado o al procurador que, por imprudencia grave, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios. Se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años (art. 467.2 párrafo 1.º modalidad 1);

– Se castiga al abogado o al procurador que por imprudencia grave perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados. Se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años (art. 467.2 párrafo 1.º modalidad 2).

La deslealtad profesional se desarrolla en eventos donde la persona se encuentra en un estado de indefensión técnica, depositando su patrimonio, garantías relacionadas con su libertad u otros importantes intereses en manos de un experto. Existen, a juicio de esta aportación, dos principales escenarios para la imprudencia grave. En primer lugar, el conflicto de intereses por descuido. Este puede darse cuando el abogado o procurador, por una falta de diligencia elemental en la comprobación de sus expedientes, representa a una parte con intereses contrarios sin consentimiento. En segundo lugar, el perjuicio manifiesto de intereses corresponde a supuestos en los que la inobservancia de los deberes profesionales más básicos (como dejar transcurrir un plazo de apelación de forma injustificada) deriva en un daño patrimonial o jurídico grave para el cliente.

El abogado ostenta un deber especial de control sobre los riesgos jurídicos de su cliente; su cualificación le permite lesionar el interés protegido. La verificación de la gravedad sigue en manos del intérprete, pues no reposan parámetros mínimos en la norma. Ahora bien, pueden situarse algunos lineamientos, si un abogado no realiza ninguna comprobación previa, ignorando que el nuevo cliente era la contraparte de un cliente actual en un litigio vivo: se comunica un desprecio elevado a la norma. Pero el mismo error puede no ser tan grave si el conflicto surge por una estructura societaria compleja. Si se demuestra la existencia de un esfuerzo de diligencia media, el comportamiento no debería ser catalogado como grave. En ese sentido, el profesional diligente debe contar con sistemas de verificación cruzada de expedientes y protocolos

---

delito que, además, a diferencia de lo que sucede con el previsto en el artículo 199.2, es perseguible de oficio. Téngase en cuenta que en estos casos existe también la correspondiente responsabilidad corporativa ante el Colegio de abogados o procuradores por la falta de ética profesional».

mínimos de admisión de clientes para poder identificar incompatibilidades antes de asumir una defensa. Una vez más, salta a la vista el problema de la imprudencia grave y su medición. Al parecer, tanto en estas como en otras normas que regulan la imprudencia grave, no se castiga solamente el error en sí, sino la magnitud del descuido supeditado a diversos entornos inclusive en una misma norma. La gravedad, insiste la doctrina mayoritaria, se confirma si la precaución omitida era elemental y rudimentaria, es decir, algo que hasta el profesional menos diligente habría hecho. Sin embargo, la diversidad de casos y de normas confirman la complejidad de delimitar el nivel de gravedad de la imprudencia a cánones en cierto modo loables desde el sentido común, pero siempre pueden resultar insuficiente a la altura de la realidad criminológica.

3.18 La imprudencia grave en el marco de delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual o contra la comunicación

Se incluyen dos modalidades. Ambas se refieren a un sujeto activo cualificado. Las dos hacen alusión a la privación injusta de importantes derechos. La aparición de esta modalidad es una de las más significativas en la legislación, no solo por el objeto protegido; también por el sujeto activo que guarda un vínculo especial con el bien jurídico.

– Se castiga a la autoridad o al funcionario público que por imprudencia grave mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Se impondrá una pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años (art. 532 modalidad 1);

– Se castiga a la autoridad o al funcionario público que por imprudencia grave mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Se impondrá una pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años (art. 532 modalidad 2).

En los escenarios, la peligrosidad no se aprecia de forma inmediata, es decir, mediante la observación fenoménica del acto desplegado por el sujeto cualificado, se puede interpretar más bien como una peligrosidad institucional (una orden, un acuerdo…). La fuente de peligro se aprecia en «el desvío» de la propia potestad funcionarial. Los autores gozan de una posición de garante cualificada que les

obliga a aplicar un cuidado superior al de un ciudadano común, por tanto, estas dejaciones comunicarían un desprecio a la norma, una manifestación que se traduce en una forma indebida de ataque al bien jurídico (45). Nuevamente, ambos preceptos carecen de elementos objetivos para guiar la interpretación de la imprudencia grave, pero vale apuntar que ésta no puede residir en una pura arbitrariedad, pues ello se aproximaría más, en materia de concurso, a otro tipo penal siempre que la decisión se concrete mediante resolución.

Para continuar con el siguiente grupo, cabe resaltar asimismo que resulta paradójico que poner en peligro la salud de un menor tenga penas de hasta 9 años, mientras que lesionar la libertad ambulatoria por un descuido profesional cualificado tenga una sanción tan laxa (46). Esto puede indicar la escasa importancia real que el legislador otorga a estos comportamientos, tratándolos más como una infracción administrativa que como un crimen de gravedad.

3.19 **La imprudencia grave en el marco de delitos de terrorismo**

En esta modalidad aparecen dos comportamientos. El primero está limitado a la cualificación personal del sujeto y se refiere a actos omisivos respecto a la entrega de información que le compete por su oficio. El segundo no está limitado a la cualificación del autor, pero se refiere al nivel necesario de observancia debida respecto a la colaboración con actividades de terrorismo. Esta clase de comportamientos refuerza la protección para un bien jurídico de interés general que puede verse amenazado por errores.

– Se castiga a quien estando específicamente sujeto por ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones. Personas que están obligadas por ley a dar cuenta y a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo. Se impondrá la

(45) El sistema les otorga el control de los riesgos sobre la libertad o sobre la comunicación de sujetos que hasta cierto punto se emplazan en un estado de indefensión; por tanto, su cualificación es lo que les permite lesionar el interés protegido con mayor facilidad si actúan con negligencia.

(46) El precepto contenido en el artículo 532 establece que «si los hechos […] fueran cometidos por imprudencia grave, se castigarán con la **pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años**» (negritas fuera del texto original).

pena inferior en uno o en dos grados a la prevista el respectivo delito (art. 576.4);

– Se castiga cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista realizado por imprudencia grave. Se impondrá una pena de prisión de seis a dieciocho meses y una pena de multa de seis a doce meses (art. 577.3).

Dado que las consecuencias terroristas son regularmente irreversibles, la ley criminaliza el peligro mediante la imprudencia grave para obligar a los ciudadanos y profesionales a mantener un nivel de alerta máximo (deber de cuidado cualificado).

La imprudencia grave en materia de terrorismo se traduce en una respuesta defensiva del Estado ante riesgos de una peligrosidad social muy elevada, donde un descuido de los deberes de cuidado puede derivar en consecuencias tanto catastróficas como irreversibles para la seguridad colectiva. Al analizar los preceptos, se aprecia que el legislador articula esta protección mediante dos inclinaciones disímiles: una de carácter cualificado, castigando el olvido de las obligaciones específicas de información por parte de sujetos específicamente obligados a prevenir la financiación terrorista, y otra de naturaleza genérica, castigando cualquier acto de colaboración logística o material nacido de un menosprecio grosero hacia la norma de cuidado. Quien acoja la tesis de la solidaridad institucionalizada, podrá argumentar que el Estado delega en determinados ciudadanos y en ciertos profesionales –actuando como garantes delegados– funciones esenciales de vigilancia; *ergo,* su descuido grave no solo facilita el fenómeno criminal, sino que supone una quiebra de la confianza necesaria para el sostenimiento del orden social. Ahora bien, el artículo 576.4 recoge unas obligaciones especiales o específicas, esto, por descontado contribuye a la concretización, pero el precepto no ofrece elementos adicionales para comprender normativamente la gravedad del error. En otro orden, se aprecia que el marco normativo adolece de una contradicción punitiva alarmante. Pese a la etiqueta de «grave» y de la magnitud de los bienes jurídicos relacionados, como la vida y la libertad, la respuesta penal se revela sorprendentemente laxa: la colaboración por imprudencia grave (art. 577.3) se instalan penas de prisión de seis a dieciocho meses, lo que a nivel técnico sitúa a estos comportamientos en la categoría de «delitos menos graves». El escenario configura una paradoja de proporcionalidad dentro de la política criminal, resultando a su vez asombroso que conductas que pueden arruinar la paz pública reciban un tratamiento penológico alejado de la retribución efectiva.

3.20 **La imprudencia grave en el marco de delitos descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional**

Se incluye una modalidad limitada a especiales relaciones del sujeto activo con el bien jurídico protegido (47). Se castiga la difusión por imprudencia grave de información reservada o secreta por un sujeto que goza de una especial relación con el interés protegido.

– Se castiga a quien, por razón de su cargo, comisión o servicio, tenga en su poder o conozca oficialmente objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional, y por imprudencia grave dé lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o divulgados, publicados o inutilizados. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a un año (art. 601).

Este delito se sitúa en un entorno de peligrosidad institucional, donde la fuente de riesgo no es un fenómeno natural, sino la propia potestad del sujeto cualificado para administrar y custodiar información sensible. El escenario típico implica que un sujeto, que posee legítimamente objetos o información clasificada como reservada o secreta por razón de su cargo o servicio, permite por error que dicha información sea divulgada, publicada, inutilizada o conocida por personas no autorizadas. El peligro es aquí sistémico: la filtración de secretos de la Defensa Nacional puede comprometer la seguridad del Estado de forma irreversible, facilitando la actuación de potencias extranjeras o grupos hostiles. Sin embargo, no se exige un resultado más allá de la revelación, es un delito de consumación instantánea.

3.21 **La imprudencia grave en el marco de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado**

En esta modalidad se prevé la imprudencia grave para comportamientos relacionados en un contexto dotado de enorme complejidad,

(47) Borja Jiménez, E. «Art. 601». En M. L. Cuerda Arnau (dir.), *Comentarios al Código Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3376: «El autor debe violar las reglas más elementales de diligencia en relación con los objetos o información que custodia o de la que tiene conocimiento. Dichas reglas estarán previstas estatutariamente en las leyes y reglamentos y en la forma en la que se expresan en el ejercicio del cargo o de la profesión pertinente. Como consecuencia del actuar negligente se tiene que producir el ilícito conocimiento de tercero, la divulgación, publicidad o inutilización de los objetos o informaciones tutelados en una relación causa-efecto».

el conflicto armado. Se trata de una omisión imprudente por parte de un sujeto cualificado, que, ante la violación de un deber de cuidado, puede generar consecuencias gravísimas, sobre todo por el estado donde se produce el comportamiento imprudente.

– Se castiga a la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos relacionados contra la Comunidad Internacional (48). La pena dependerá de la prevista en cada tipo específico, pero se aplicará en cualquiera de los casos la inferior en uno o en dos grados en atención de las circunstancias (art. 615 bis. 2.).

En el ámbito de los conflictos armados, la imprudencia grave padece de la misma orfandad técnica que la inmensa mayoría de normas en el Código Penal, como se ha reiterado en varias ocasiones, los escenarios están bien delineados, pero falta una pauta general para definir cuándo el comportamiento es «grave». El sistema confía en la interpretación judicial para suplir la ausencia de baremos positivos, pero en un contexto de guerra esto puede derivar una peligrosa inseguridad jurídica para los mandos y una desprotección real para las víctimas.

Agotada la exposición de los comportamientos valorados como graves respecto a la imprudencia punible, se exponen las principales apreciaciones. Para empezar, se detecta mayoritariamente la ausencia de elementos que permitan nivelar la gravedad de la imprudencia (49). En muy pocas normas se contemplan criterios propios o pautas normativas que faciliten la determinación de la imprudencia «grave». Este particular evidencia la ausencia de un concepto (sólido) de «imprudencia grave». Al menos, esta noción no se recoge a lo largo del Código Penal (ni en la «Parte Especial» ni en la «Parte General»). Sin embargo, sí aparecen perfectamente delineados escenarios o con-

(48) Se refiere a los siguientes comportamientos, «Delito de genocidio», artículo 607; «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», artículos 608-614 bis; «Delitos de lesa humanidad», artículo 607 bis.

(49) Así, Audiencia Provincial de Las Palmas, de 12 de abril de 2016 RES:110/2016 REC:95/2015 (ECLI: ES: APGC:2016:685). «Aparte de las dificultades prácticas que, por lo general, se plantean para saber si una persona ha previsto o no un resultado que es consecuencia de su propio comportamiento, es lo cierto que tampoco este criterio sirve para distinguir la imprudencia grave de la leve, pues hay casos en los que la no previsión revela una conducta de desidia o abandono de sus deberes por parte del sujeto que hace especialmente reprochable su conducta y obliga a calificarla como imprudencia grave. De modo que hay que estar a las circunstancias del caso concreto: son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o como leve».

textos donde pueden generarse afectaciones a diversos intereses jurídicos (50). Como se apuntó, se ausenta una pauta general que permita calibrar o definir cuándo y por qué el comportamiento debe ser valorado como «gravemente imprudente».

Las normas revisadas, conjuntamente, representan importantes escenarios donde pueden determinarse infracciones imprudentes valoradas como graves desde una perspectiva óntica («tráfico rodado», «sector sanitario», «ámbito laboral», «ecosistema», «administración pública»). En dichos contextos se protegen intereses jurídicos que gozan de una categoría relevante («libertad», «medio ambiente», «sistemas naturales», «vida humana», «integridad física», «seguridad de los trabajadores»). Empero, solo en uno de esos escenarios el legislador expone criterios para determinar medianamente la gravedad de la imprudencia punible (art. 267, delitos de daños). La inmensa mayoría de las normas revisadas, a pesar de representar importantes contextos, así como bienes jurídicos de primer orden, carecen de criterios auténticos para determinar la gravedad el comportamiento. Sin alarde, se puede apuntar que esta última valoración se confirma al revisar la pena que instala el legislador en las normas que incriminan la imprudencia grave: únicamente, una de ellas contiene una pena grave (art. 142.1. párrafo 3, homicidio cometido por imprudencia grave). Continuando, con estas contradicciones, como puede constatarse, el delito de aborto imprudente se castiga generalmente con una multa; la puesta en peligro para menores se castiga hasta 9 años de prisión; mientras que los estragos imprudentes se sancionan con una pena de 1 hasta 4 años de prisión… Un tratamiento como el actual no puede catalogarse como grave mientras se pretenda mantener la vigencia de las denominadas «Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal». Todo lo contrario, esta clase de tratamiento merece una restructuración que respete la lógica interna del cuerpo legal donde reposan las normas que regulan la imprudencia grave.

IV. ¿LA RECONFIGURACIÓN DE OTRAS TAXONOMÍAS CONTRIBUYE A LA COMPRESIÓN DE LA IMPRUDENCIA GRAVE?

La delimitación conceptual de la imprudencia grave no se extingue en los criterios de clasificación tradicionalmente sistemáticos que

(50) Véase, Audiencia Provincial de Tenerife, de 16 de junio de 2025 RES:155/2025 REC:32/2025 (ECLI: ES: APTF:2025:732).

marca el Código Penal español. Como se verá, si se efectúa una revisión integral de las normas que disciplinan esta modalidad delictiva, se advertirá la existencia de sugerentes parámetros alternativos de ordenación capaces de ofrecer una comprensión más precisa –tanto de la estructura como del alcance de las normas (51)–. Como se apuntó, la diversidad de elementos normativos, valorativos y funcionales, que caracterizan los distintos tipos penales, facilita la construcción de modelos clasificatorios complementarios, cuya utilidad no se agota en la sistematización dogmática, sino también en la clarificación de los presupuestos que justifican la mayor intensidad del reproche imprudente. Bajo el citado cuadro analítico, nada impide efectuar las siguientes posibilidades de reconfiguración taxonómica.

4.1 **La cualidad del sujeto activo que realiza el comportamiento imprudente, delitos especiales**

En el conjunto de las normas analizadas se aprecian tanto sujetos cualificados como sujetos no cualificados, concretamente, pueden valorarse como delitos especiales diecisiete normas penales (52). En

(51) Respecto a la importancia de esta clase de revisiones, véase la opinión de MIR PUIG S., *Derecho Penal. Parte General* 10.ª ed. Reppertor, Barcelona, 2015, L. 9 num. 9-19.

(52) En lo que respecta a la tesis de los delitos especiales se sigue en esta contribución el tratamiento clásico abordado por OTTO H., *Grundkurs Strafrecht - Die einzelnen Delikte,* 6.ª ed. De Gruyter Lehrbuch, Berlín, 2005, §4 num. 18. Como delitos especiales, pueden incluirse las siguientes normas. La imprudencia grave en el marco de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (art. 220.5). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 317). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331). La imprudencia grave en el marco de los delitos de incendios en bienes propios (art. 358). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la salud pública (art. 362); (art. 362 bis). La imprudencia grave en el marco de los delitos de falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles (art. 391). La imprudencia grave en el marco de la prevaricación judicial (art. 447). La imprudencia grave en el marco de la deslealtad profesional (art. 467.2 párrafo 1.º modalidad 1), (art. 467.2 párrafo 1.º modalidad 2). La imprudencia grave en el marco de delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual o contra la comunicación (art. 532 modalidad 1); (art. 532 modalidad 2). La imprudencia grave en el marco de delitos descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional (art. 601). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 615 bis). Pueden apreciarse también algunos delitos especiales encubiertos, esto es, tipos penales que, aunque no describan un «sujeto cualificado», en términos objetivos solo determinadas personas que ostenten una relación con el bien jurídico son en realidad

estos supuestos, probablemente la imprudencia sea valorada como «grave» no solo por la cualidad del comportamiento en sí, también por la posición de garante cualificada que marca el sujeto activo en la norma al describir diversos escenarios complejos (médicos, funcionarios, abogados, etc.).

4.2 **Delitos plurisubjetivos**

La necesaria concurrencia de varios sujetos activos delineados en la norma, asistiendo uniformemente en dirección a la materialización del acto descrito en el tipo penal. Por lo anterior, es factible agrupar los delitos también como delitos plurisubjetivos, en concreto, pueden valorarse como delito plurisubjetivos ocho normas (53). Al analizar las respectivas normas puede confirmarse cómo la dinámica grupal influye en la gestión de la fuente de peligro.

4.3 **Delitos de propia mano**

Importantes normas penales revisadas en este trabajo ostentan una limitación respecto al autor que realiza el hecho por sí mismo de manera directa. En ese sentido, nada impide encajar ciertos preceptos en la categoría de delitos de propia mano (54), en concreto, puede

---

capaces de desarrollar la conducta. Así, podrían incluirse los siguientes comportamientos: la imprudencia grave en el marco de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, (art. 344); (art. 345.3). Como puede verse, diecisiete normas penales que regulan la imprudencia grave ostentan la cualidad de delitos especiales; en otro orden de ideas, los comportamientos se refieren a grupos que ostentan la protección de bienes jurídicos de una importancia de primer orden, pero se insiste en que el rasgo esencial es el vínculo particular entre autor y objeto jurídico protegido en la norma.

(53) Con arreglo a la tesis de delitos plurisubjetivos, cabe la posibilidad de incorporar los siguientes preceptos: la imprudencia grave en el marco de la manipulación genética, (art. 159.2). La imprudencia grave en el marco de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (art. 220.5). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 317). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331). La imprudencia grave en el marco de los delitos de estragos (art. 347). La imprudencia grave en el marco de los delitos de incendios (art. 351), (art. 352). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la salud pública (art. 362 quinquies).

(54) Atendiendo a la idea de delitos de propia mano, Otto H. *Grundkurs Strafrecht - Die einzelnen Delikte,* 6.ª ed. De Gruyter Lehrbuch, Berlín, 2005, §4 núm. 21.; cabe la posibilidad de incorporar los siguientes preceptos: la imprudencia grave en los delitos contra las personas, homicidio o lesiones (art. 142.1 párrafo 2.º); (art. 142.1 párrafo 3.º); (art. 142.1 párrafo 4.º); (art. 152.1. 3.° párrafo 1). La imprudencia grave en el marco de delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad indi-

valorarse como delito de propia mano siete preceptos. En estos delitos, la gravedad se vincula a una impericia grotesca en actos que no pueden realizarse de manera indirecta, lo que acentúa el desvalor de la acción personal.

4.4 **Los delitos de peligro en el marco de la imprudencia grave punible**

Esta variación sirve de base para defender que varias de las normas revisadas en esta investigación encajen con los denominados delitos de peligro (55), en concreto, pueden valorarse como delito de peligro treinta normas.

4.5 **Los delitos de estado derivados por imprudencia grave punible**

La posibilidad de extensión de un estado antijurídico durante el tiempo, lo que posibilita la inclusión en la modalidad de delitos de estado (56), en concreto, puede valorarse como delito de estado un

---

vidual o contra la comunicación, (art. 532 modalidad 1); (art. 532 modalidad 2). Al revisar los delitos especiales, se aprecia la existencia de una posición de garante sobre el objeto jurídico tutelado. Por ello, el ordenamiento orgánico responsabiliza y atribuye esa posición en atención a la especial relación entre el «sujeto activo cualificado» con el «objeto jurídico protegido». Esta particularidad no solo delimita el título de imputación de autoría, sino, además, desmarca en varios supuestos la posibilidad de que otros dominen el hecho o realicen el hecho de manera indirecta. Esta idea permite determinar, en algunos casos o en algunas normas, la cualidad de delitos de propia mano. De ese modo, pueden presentarse algunos supuestos problemáticos que deriven en la categoría de delitos de propia mano, es el caso de la imprudencia grave profesional en el delito de aborto (art. 146 párrafo 1.º).

(55) En el marco de la definición de delitos de peligro, Otto H. *Grundkurs Strafrecht - Die einzelnen Delikte,* 6.ª ed. De Gruyter Lehrbuch, Berlín, 2005, 4§ num. 12. Casi nada impide incluir los siguientes comportamientos. La imprudencia grave en el marco de la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores, (art. 187.2 c); (art. 188); (art. 189.2 d). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores, (art. 317). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, (art. 325.1.); (art. 325.2.); (art. 325.2. párrafo segundo); (art. 326.1.); (art. 326.2.); (art. 326 bis.); (art. 329.1.); (art. 329.2.); (art. 330). La imprudencia grave en el marco de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 341); (art. 342); (art. 343). La imprudencia grave en el marco de los delitos de incendios (art. 351); (art. 352); (art. 354); (art. 357). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la salud pública (art. 359); (art. 360); (art. 361); (art. 361 bis); (art. 362); (art. 362 bis); (art. 362 ter); (art. 362 quinquies); (art. 363); (art. 364); (art. 365).

(56) Con arreglo a la tesis de delitos de estado, cabe la posibilidad de incluir el siguiente precepto. La imprudencia grave en el marco de delitos cometidos por los

comportamiento. En esta variante, la gravedad no es un evento instantáneo, sino un peligro institucional sistémico. La «gravedad» se deriva de mantener activamente una situación ilegal, lo que dinamita la confianza en las instituciones del Estado.

4.6 **La estructura típica de la conducta**

El número de comportamientos descritos en el respectivo tipo aporta otra forma de comprender estas normas; así, subsisten varias que marcan una acción, varias acciones a realizar, o alternativas varias (57).

---

funcionarios públicos contra la libertad individual (art. 532 modalidad 1). Sobre este complejo criterio, existen otras normas que podrían encajar en la idea que profesa que la actividad delictiva termina con la producción del estado antijurídico creado por el autor; pero la valoración de delito de estado parece mostrarse sin ambigüedades –al menos– en la norma apuntada, de ahí la decisión de incluirla de forma aislada y sin vacilaciones.

(57) De conformidad con el citado criterio, se desprende la posibilidad de clasificar tales comportamientos como delito de un acto, delitos de pluralidad de actos y delitos alternativos. En la rúbrica de delitos de un acto podemos incluir las siguientes conductas. La imprudencia grave en los delitos contra las personas: (art. 142.1); (art. 142.1 párrafo 2.º); (art. 142.1 párrafo 3.º); (art. 142.1 párrafo 4.º); (art. 146 párrafo 1.º); (art. 146 párrafo 2.º); (art. 152); (art. 152.1. 3.° párrafo 1); (art. 158 párrafo 1); (art. 158 párrafo 2). La imprudencia grave en el marco de la manipulación genética: (art. 159.2). La imprudencia grave en el marco de la sustitución de un niño por otro (art. 220.5). La imprudencia grave en el marco de los delitos de incendios (art. 351); (art. 352); (art. 354); (art. 356); (art. 357). La imprudencia grave en el marco de la prevaricación judicial (art. 447). En atención a delitos alternativos cabrían incluir los siguientes comportamientos. La imprudencia grave en el marco de la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores (art. 187.2 c); (art. 188); (art. 189.2.d). La imprudencia grave en el marco del blanqueo de capitales (art. 301.3). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 317). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325.1.); (art. 325.2.); (art. 325.2. párrafo segundo); (art. 326.1.); (art. 326.2.); (art. 326 bis.); (art. 329). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la flora y fauna (art. 332); (art. 334.3). La imprudencia grave en el marco de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 341); (art. 342); (art. 343). La imprudencia grave en el marco de los delitos de estragos (art. 347). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra la salud pública (art. 359); (art. 360); (art. 361); (art. 361 bis); (art. 362); (art. 362 bis); (art. 362 ter); (art. 362 quinquies); (art. 363); (art. 364); (art. 365). La imprudencia grave en el marco de los delitos de falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación (art. 391). La imprudencia grave en el marco de la deslealtad profesional (art. 467.2 párrafo 1.º modalidad 1); (art. 467.2 párrafo 1.º modalidad 2). La imprudencia grave en el marco de delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual o contra la comunicación (art. 532 modalidad 1); (art. 532 modalidad 2). La imprudencia grave en el marco de delitos de terrorismo (art. 576.4); (art. 577.3). La

Este criterio permite identificar tanto la complejidad como la pluralidad de comportamientos descuidados necesarios para activar la norma.

4.7 **Los niveles de peligro incriminados**

Nada impide, asimismo, al menos desde el juicio que se construye en este trabajo, presentar una agrupación a partir de distintos niveles de peligrosidad si se estudian los diversos contextos en los que se insertan las normas (58). En efecto, los preceptos no solo son diferentes, también son muy variados respecto a los escenarios de protección y, esta cuestión, ya apuntada en varias oportunidades, permite la delimitación de diversos grados de peligro que pueden ser discutibles («como el peligro centrado en el acto o el peligro enfocado en resultados posteriores e hipotéticos»). Bajo estas consideraciones, pueden defenderse los siguientes niveles de peligrosidad.

4.7.1 Peligrosidad baja o de primer nivel

En este nivel se incluye la afectación a intereses jurídicos no esenciales, daños reversibles o limitados, sin proyección colectiva ni riesgo sistemático. Artículo 447 (siempre que la prevaricación afecte bienes no esenciales y mientras que la afectación sea leve); artículo 147.2 (mientras la lesión se mantenga en su nivel leve en el marco de la lesividad).

4.7.2 Peligrosidad media-baja o de segundo nivel

En esta categoría se incluye la afectación a bienes jurídicos individuales relevantes, tales como la libertad, el patrimonio cualificado, la integridad; pero sin riesgo expansivo ni afectación a intereses jurídicos colectivos. Artículos 467, 532 (mientras la deslealtad profesional o la incomunicación no afecte a colectivos o no se ejerza sobre colec-

---

imprudencia grave en el marco de delitos descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional (art. 601). La imprudencia grave en el marco de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 615 bis. 2.).

(58) Audiencia Provincial de Bizkaia, de 16 de mayo de 2024 RES:252/2024 REC:253/2024 (ECLI: ES: APSS:2024:375A): «De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo».

tivos); artículo 391 (siempre que la falsedad no tenga un impacto sistemático); artículo 267 (mientras el daño no sea masivo).

4.7.3 Peligrosidad media o de tercer nivel

En este rango se relaciona la lesión a bienes jurídicos de alta importancia individual (tales como la libertad sexual, la vida, la integridad) o intereses jurídicos de carácter colectivo sin potencial catastrófico, pero con daño serio. Artículos 142 y 146 (en tanto que el homicidio y el aborto tengan un riesgo individual); artículo 152 (en caso de que los medios utilizados o el contexto de ejecución no supere los riesgos individuales); artículos 158-159 (lesiones al feto y manipulaciones genéticas por imprudencia grave); artículos 187-189 (riesgos graves en delitos sexuales, en menores, explotación sexual durante los procesos descritos en las respectivas normas mientras no se genere la muerte de las víctimas); artículo 267 (daños patrimoniales en gran entidad).

4.7.4 Peligrosidad alta o de cuarto nivel

En este estrato deben incluirse normas que describan una afectación a bienes jurídicos colectivos esenciales, tales como el medio ambiente, la salud pública. Ha de tratarse de riesgos graves para múltiples personas, pero sin llegar a la constitución de catástrofes. A su vez, pueden incluirse normas que describan resultados que afecten de forma sistemática la seguridad jurídica en casos graves. Así, por una parte, artículo 331 (los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente con impacto colectivo y estructural); artículo 332.3. (los delitos contra la fauna y la flora con impacto colectivo y estructural). Retomando, por otra parte, artículo 391 (en tanto que la falsedad imprudente genere efectos sistemáticos en la seguridad jurídica y cuya finalidad sirva como instrumento para la afectación de intereses de primer nivel y con grados de irreversibilidad en un contexto axiológico).

4.7.5 Peligrosidad máxima o de quinto nivel

En este escalón se incluyen comportamientos imprudentes con capacidad de producir catástrofes, muertes múltiples, daños irreversibles a intereses jurídicos colectivos o riesgos sistemáticos (las radiaciones, las explosiones, los incendios masivos son objeto de esta fase de peligrosidad). A modo de ejemplo, la cláusula remisoria prevista en el artículo 358; a su vez, el artículo 344 que describe los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes en materia de imprudencia grave.

Los criterios de clasificación apuntados ofrecen una perspectiva técnica que complementa la clasificación sistemática tradicional, permitiendo una comprensión más profunda de la imprudencia grave. Las nuevas clasificaciones permiten comprender el fenómeno no solo como un concepto abstracto, sino como una categoría que se adapta a diversos escenarios. Es el caso de la «cualidad del sujeto» (delitos especiales), se ha identificado que en al menos 17 normas el criterio de gravedad reside en la infracción de deberes especiales de cuidado vinculados a una posición de garante o cualificación profesional; la cualidad del sujeto activo en los delitos especiales es fundamental para la comunicación de la infracción de la norma, esto si se atiende a que el Derecho Penal no valora sucesos naturales, sino significados sociales. Ello, por descontado, permite intuir que la imprudencia sea catalogada como «grave» porque el agente guarda una relación cualificada con el bien protegido y una mayor capacidad y deber de control sobre los potenciales riesgos. El sistema presume que estos sujetos tienen una mayor capacidad y deber de control sobre los riesgos. En estos casos, la cualificación del sujeto reside en la existencia de un deber especial que lo vincula a la norma; en efecto, quien no está en condiciones de perturbar o quebrantar la validez de las normas dirigidas específicamente a esos roles (59). Por lo tanto, la cualidad del sujeto es lo que le otorga la «competencia» para emitir el mensaje comunicativo de que esa norma específica ha sido desafiada.

También aparece como nota distintiva el modo de autoría y participación a la hora de distinguir entre delitos de propia mano o plurisubjetivos. Se aprecia cómo la dinámica de grupo o la ejecución personal repercuten en la gestión de la fuente de peligro en diversos contextos. Así pues, en contextos como la manipulación genética o la seguridad laboral, la gravedad suele diluirse o concentrarse dependiendo de cómo los autores operan uniformemente hacia la materialización del riesgo.

De cara a los delitos de propia mano, se restringe el título de imputación a nivel de autor y en estas normas resalta una presunción de competencia vinculada a la pericia del sujeto.

Respecto a la estructura de la conducta, clasificar según si la norma exige una o varias acciones permite identificar la complejidad y pluralidad de comportamientos descuidados, así como la delimitación sobre quién puede efectuarlo. Al analizar si la norma castiga una sola acción o múltiples posibilidades, el operador judicial puede graduar la intensidad de la infracción normativa más allá

(59) Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch,* 1, ed. De Gruyter, Berlín, 1991, § 25 num. 43-44.

de etiquetas vacías, enfocándose en la magnitud del riesgo creado por el autor. Por una parte, en los delitos plurisubjetivos, el Derecho Penal tiene que interesarse precisamente por la acción compleja en sí, esto es, la desarrollada por un equipo o por un grupo, solo esa unidad permite calificar la relevancia jurídica. En esta clase de estructuras, emerge una «voluntad colectiva» que trasciende la suma de intenciones individuales. Es algo más, por ende, la gravedad del comportamiento se «concentra» mientras el grupo opere uniformemente, comunicando con mayor fuerza social que la norma ha perdido su vigencia para ese sistema organizado. Por otra parte, en los delitos de propia mano, en estos casos, la cualidad del sujeto es inescindible de la ejecución, pues el sistema espera un comportamiento específico derivado de un deber de conducta que solo ese individuo puede defraudar comunicativamente. Como puede apreciarse, el criterio de gravedad no se disuelve por el número de participantes si el sistema jurídico logra identificar un error de organización o una acción compleja que comunica la infracción de la norma penal, desplazando el enfoque de la «causalidad física» hacia el «significado social del riesgo» (60).

La clasificación, como ejercicio crítico, asimismo suma a la compresión de los diversos contextos de peligrosidad. Es evidente que una agrupación basada en los efectos ontológicos de los comportamientos, así como la puesta en peligro, resultan esenciales para estudiar la dimensión social de la gravedad en cada uno de los supuestos contemplados en las normas. Como se puede comprobar, la gran mayoría de los tipos penales se corresponden con los denominados delitos de peligro. Este dato no puede pasar por desapercibido, pues, a juicio de esta investigación, indica que la imprudencia grave en el sistema español no siempre requiere la determinación de «resultados graves» en sentido fenoménico (muerte o lesión causada por movimientos naturalísticos). Por el contrario, basta con la creación de una situación de peligrosidad (resultado valorativo) (61). Pero cabe advertir, siguiendo con el análisis, que la imprudencia grave no requiere de un «resultado» en sentido fenoménico para perfeccionarse; su esencia radica en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que defrauda expectativas de comportamiento

(60) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal,* 2009 (11), p. 15.

(61) Como se ha destacado, al menos 30 de las 37 variantes son «delitos de peligro». Esto puede indicar que el sistema está castigando, mayoritariamente, probabilidades y no lesiones fenoménicas, lo que refuerza la tesis de que la «gravedad» apunta a una etiqueta vacía utilizada para la «prevención general» o el «control estatal».

ligadas al rol del ciudadano. Cuando el legislador decide castigar la puesta en peligro, no está anticipando barreras de forma arbitraria, más bien está reaccionando ante una conducta que, al apartarse de lo que se espera de un portador de roles, comunica ya una falta de fidelidad al derecho que debe ser estabilizada mediante la pena y no mediante otro instrumento. Así, la gravedad del delito imprudente puede medirse en base a qué tan previsible era –objetivamente y *ex ant*e– el apartamiento del rol social (62).

Merece reseñar además la necesaria desvinculación del azar para comprender mejor el fenómeno. La perspectiva permite asimilar que la gravedad de la imprudencia reposa en el desprecio (63) o en el egoísmo del autor, pues éste le compete el control de los riesgos que activa (pero ambas variantes «deben traducirse de forma externa», esto es, comunicativamente (64)). Por ende, el efecto del azar, la suerte o la mala suerte no deben tener acogida a la hora de valorar un comportamiento desplegado en libertad. Visto desde esta perspectiva, es necesario desvincular el azar, pues éste se sitúa a posibilidades colindantes que ya escapan del control del autor del tipo, esas posibilidades son accesorias al desprecio de la norma; son esencialmente colindantes y están intrínsecamente ligadas al acto que *ex post* se valora como egoísta (imprudencia grave (65)).

---

(62) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «Imputabilidad e imputación», *InDret Pena l,* 2024 (2), p. 255; nota 124.

(63) Próxima a esta valoración resulta la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 30 de octubre de 2019 RES:222/2019 REC:3094/2019 (ECLI: ES: APSS:2019:1016).

(64) Se trata, como he apuntado, de un lenguaje simbólico, así, entre otros, Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalidad social,* Ediciones Santillana, Madrid, 1981, p. 354. En mi criterio, decimos que la imprudencia es grave porque la desviación respecto a la expectativa social es tan intensa que el comportamiento comunica un desprecio intolerable por la vigencia de la norma. No es una «falla interna», es un mensaje externo de infidelidad al Derecho. En esa lógica, resulta asumible decir que la pena debe ser necesariamente grave no por venganza, sino para poder reafirmar que la norma sigue vigente, pues una pena irrisoria ante un riesgo grave comunicaría que la norma ha perdido su validez, desprotegiendo a todas las personas en sus esferas de libertad.

(65) La imprudencia (al igual que el dolo), es una vía de imputación que permite señalar un hecho como jurídico-penalmente típico. Esto implica que el resultado no se ve como un evento fortuito, sino como algo que se le atribuye al sujeto en términos comunicativos. Quien actúa de forma defectuosa (sea dolosa o imprudentemente) queda comprometido con las consecuencias de su acto. Si el resultado fuera puro azar, no podría decirse que el autor, en el «ejercicio de su libertad», se ha comprometido a aceptar una respuesta institucional (la pena). A mi modo de ver, quien obra defectuosamente (bien sea título de dolo o de culpa) suscribe las consecuencias de su obrar. Por ello, si el resultado fuera puro azar o «mala suerte», no podría decirse que el autor, en el «ejercicio de su libertad», se ha comprometido a aceptar una respuesta

Los criterios de clasificación permiten sustituir las valoraciones intuitivas de la «gravedad de la imprudencia» por parámetros técnicos de imputación objetiva fundados en la administración de ámbitos de libertad. En este esquema, la gravedad de la imprudencia se determina mediante la cualidad del portador de roles y la magnitud del riesgo jurídicamente desaprobado que éste genera al defraudar las expectativas sociales de comportamiento. La sistematización técnica evidencia las asimetrías del Código Penal, donde bajo el rótulo de «imprudencia grave» cohabitan conductas de significación social dispar, desde riesgos individuales hasta fallas sistémicas de organización. La ordenación dogmática permite evaluar si la política criminal del legislador está orientada a la prevención general positiva –confirmando la fidelidad al derecho en cada infracción– o si, por el contrario, incurre en un reduccionismo reactivo que solo otorga relevancia penal a la conducta cuando la materialización del riesgo amenaza la estabilización del sistema social en su conjunto.

Expuesto todo lo anterior, se sostiene que la reconfiguración de otras taxonomías no resuelve la delimitación de las conductas imprudentes *per se,* es decir, mediante el estudio de otras taxonomías no se supera de forma global el problema. No obstante, el citado ejercicio de reconfiguración sí permite una compresión más completa del fenómeno, porque al estudiar aún más los tipos penales se logra un acercamiento mucho más hondo respecto a los niveles del riesgo permitido. Lo anterior cobra sentido, y no solo desde la perspectiva de la determinación del peligro y su fuente, también respecto a las fases posteriores de la consumación que tiene cabida su análisis desde la criminología de la imprudencia. Nada impide entonces sostener que sí existen importantes elementos de gravedad en el ámbito de protección de las normas en los delitos revisados en esta investigación. Por una parte, puede hablarse de gravedad respecto a los bienes jurídicos protegidos («vida», «integridad física», «salud colectiva», «medio ambiente», «recursos naturales»; etc.); la afectación de esos intereses jurídicos, si bien afectados por error, se valora como grave en un plano comunicativo. Pero, por otra parte, persiste la gravedad respecto a la clase de riesgo («factores cualitativos»). Tras agotar una revisión de los escenarios, muchos de ellos integran un común denominador, no

---

institucional (la pena). Así, la afectación en términos axiológicos, emanados de un delito imprudente es una situación «deóntica» que el autor genera con su comportamiento; por consiguiente, éste debe responder racionalmente, excluyendo la narrativa de la «mala suerte» o del «azar» para justificar la sanción; desde otro parecer, Exner, F., *Das Wesen der Fahrlässigkeit: eine strafrechtliche Untersuchung,* F. Deuticke, Leipzig, 1910, pp. 8-9.

describen solo minúsculos descuidos producidos en la vida ordinaria, más bien contienen importantes elementos referidos a la gestión de riesgos estructurales («energía nuclear», «manejo de sustancias peligrosas», «manipulación de procesos industriales», «manejo de infraestructuras complejas»; etc.); la norma no se limita a la protección de «errores varios», pues persiste una protección ante fallos en sistemas de alto riesgo y esto último, a juicio de esta investigación, es un elemento de necesaria revisión al que puede accederse mediante una revisión. Para cerrar, sí existen importantes elementos de gravedad en diversos ámbitos de protección; sin embargo, el sistema actual no los traduce del todo en una forma coherente a la hora de fijar las consecuencias jurídicas (66).

V. DESMONTANDO EL MITO DE LA IMPRUDENCIA GRAVE

La configuración dogmática y legislativa de la «imprudencia grave» en el Código Penal español resulta discutible respecto a su tratamiento penológico. Al agotar el estudio de las normas se aprecia que el tratamiento de la «imprudencia grave» corresponde a una categoría imprecisa que merece, cuando menos, discutir su denominación, o, si se prefiere, trasladar los escenarios tipificados a una noción

(66) Únicamente cuatro de los delitos referidos a la imprudencia grave en el Código Penal español, de más de medio centenar, se castigan con penas graves. Llama la atención que el homicidio por imprudencia grave no sea un delito grave a efectos penológicos. Reza de este modo el precepto contenido en el artículo 142 que regula que el homicidio por imprudencia grave: «1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años. Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años». Como puede verse, para que el sistema jurídico mantenga su racionalidad valorativa, la pena debe expresar un mensaje proporcional para que reafirme ante la comunidad la vigencia de la norma; de lo contrario, la sanción se dispersa a la hora de trasmitir el mensaje de fidelidad al derecho. Importa reiterar que un sistema contradictorio desnaturaliza la función de estabilización social, socavando la validez del mantenimiento del estatus de persona.

coherente, donde la gravedad no sea un adjetivo calificativo de la actitud psicológica (67), sino donde el comportamiento logre medirse valorativamente con recurso a la magnitud del ataque indebido a la norma (68). Sin embargo, la doctrina jurisprudencial, llamada a sanear esta imprecisión, insiste en la idea de acudir a elementos psicológicos para su valoración, en otras palabras, persiste en concepciones con notas naturalistas.

Para desmontar el mito de la «imprudencia grave», conviene denunciar la insostenibilidad sistemática respecto al precepto contenido en al artículo 13 del Código Penal. Actualmente cabe cuestionar la denominación «grave» de la imprudencia y la clasificación de las infracciones penales que establece el citado precepto. Esa norma propone una clasificación tripartita: «delitos graves, menos graves y leves», pero siempre en función de la naturaleza de la pena (69). Sin embargo, la inmensa mayoría de los tipos penales calificados como «imprudencia grave» no contemplan penas graves, sino privaciones a la libertad de menor entidad o incluso multas. Esta clase de tratamientos crea un desequilibrio legislativo, pues se denomina con una rúbrica una conducta como «grave» cuando el propio sistema, mediante su

(67) Cfr. Audiencia Provincial de Bizkaia, de 10 de mayo de 2024 RES:239/2024 REC:221/2024 (ECLI: ES: APSS:2024:406A): «Efectivamente la tradicional estructura del delito imprudente se basa en dos elementos fundamentales: el psicológico o previsibilidad del resultado y el normativo o reprochabilidad, referido al deber de evitar el concreto daño causado».

(68) En una concepción valorativa de la teoría del delito, el análisis de la imprudencia se desplaza desde el ámbito tradicional de la culpabilidad hacia la imputación objetiva, fundamentándose en que el Derecho Penal no se ocupa de «incidentes naturales», sino de procesos comunicativos. Atendiendo a este parámetro, lo determinante no es el estado psicológico interno del individuo, sino el significado social de su comportamiento; esto es: lo que su comportamiento comunica a la comunidad en relación con la vigencia de las normas. Para profundizar en esta propuesta, es menester deslindar entre el «ser social» (el portador de roles) y el «individuo» en su psique particular. La imputación objetiva valora al primero; no al segundo, analizando si su actuación se ajustó a las expectativas de comportamiento que la sociedad deposita en un rol específico. Desde esta perspectiva, la imprudencia se define como una «imperfecta ejecución de un rol», donde el sujeto no activa los conocimientos o cuidados que razonablemente se esperaban de él en esa situación. Sobre ello, también, Reyes Alvarado, Y. «Imputabilidad e imputación», *InDret Penal,* 2024 (2), p. 257.

(69) La cuestión no debe restar importancia, recuérdese que el precepto contenido en el artículo 13 del Código Penal se emplaza dentro de las disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal. A nivel sistemático, esa ubicación conlleva importantes consecuencias a la hora de efectuar interpretaciones con rigor aplicativo, al menos, respecto al marco de la dogmática penal si se quiere prescindir de otras variantes ello no resulta del todo loable.

marco penológico, la reconfigura de forma errada, afectando la coherencia interna del cuerpo legal (70).

La persistencia de la categoría de imprudencia grave puede constituir un refugio de ontologicismo innecesario (71). En vez de inquirir en la intensidad del «descuido» o en la mayor o menor «falta de atención» como sucesos psíquicos, a todo esto, difíciles de aprehender, la gravedad de la imprudencia debe reconducirse al juicio de imputación objetiva. Desde el planteamiento defendido en este trabajo, lo que verdaderamente define el desvalor de la acción no es una cualidad interna del autor, sino el hecho de si éste, en cuanto ser social y portador de roles, ha creado o no «un riesgo jurídicamente desaprobado realizado en el resultado prohibido». En dicha línea, la gravedad debe estar

(70) La graduación de la imprudencia –«grave, menos grave o leve»– posee un sólido sentido dogmático, pero para asumir esta tesis, es necesario despojarse de elementos ontológicos de acción, así como de postulados finalistas que pretenden explicar la culpa mediante nexos psicológicos o de causalidad natural. Como se ha defendido en este trabajo, la imprudencia es una forma indebida de ataque al bien jurídico, materializada en una defraudación de las expectativas sociales que le son exigibles al autor como portador de su rol. La defraudación no es uniforme como tampoco lo son los modos comisivos de los respectivos tipos; la magnitud de la desviación respecto del rol y la intensidad de la infracción del deber de conducta determinan entonces la estructura del injusto. El juicio de imputación objetiva exige, como se sabe, valorar si el sujeto creó (o no) un riesgo jurídicamente desaprobado de tal magnitud que su comportamiento sea interpretado socialmente como un quebrantamiento de la vigencia de la norma. Ahora bien, dogmáticamente, la distinción de la imprudencia –«grave, menos grave o leve»– es coherente porque no todas las conductas comunican el mismo significado social ni afectan con la misma profundidad la estructura de convivencia ni los mismos bienes jurídicos. Por tanto, para que la sanción goce de validez y no sea confundida con una especie de «premio», la pena debe reflejar proporcionalmente esta intensidad, intensidad que debe estar supeditada tanto a la cualidad del bien jurídico como a la medida del riesgo permitido. Desde la Política Criminal, quien defienda que el Derecho Penal opera como un mecanismo de control social que pretende estabilizar el sistema de expectativas que permite la interacción comunitaria, asumirá que la «imprudencia grave» constituye un ataque más «perturbador» a la armonía social y a la fidelidad al Derecho. Visto de ese modo, la sanción debe responder a ese significado social y no aproximarse a meras etiquetas empacadas al vacío. Así pues, conviene graduar la respuesta penal a la magnitud de la afectación. Ello no resulta del todo ilógico, pues permite reafirmar la norma ante la comunidad, garantizando que el sistema mantenga su capacidad de protección de los ámbitos de libertad y la condición de persona de las víctimas. Por consiguiente, toda imprudencia debe ser asumida como un comportamiento negativo, y, además, su distinción de grados debe reflejarse en términos penológicos, estipulando tratamientos severos cuando en términos objetivos se demuestre que hubo, por parte del autor, el máximo desentendimiento respecto a las expectativas de su rol.

(71) Al respecto, Reyes Alvarado, Y., «La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», *Revista General de Derecho Penal,* 2008, (9) p. 10.

supeditada al juicio de imputación, no a etiquetas que poco aportan, más bien pueden complicar y en muchos casos complican la delimitación del juicio de imputación. Una vez más, el resultado, entendido como quebrantamiento de la expectativa social de comportamiento, es el que debe dotar de contenido a la imputación, superando categorías adjetivadas que únicamente conducen a vicios de reconocimiento y a faltas de previsibilidad judicial. En ese andamiaje conceptual, identificar una imprudencia grave depende esencialmente de la magnitud de la desviación del rol o de la importancia del deber infringido en un contexto específico (72). Como puede verse, se trata de criterios esencialmente valorativos y no se encuentran descritos de forma matemática en la norma.

Retomando, el tratamiento penológico actual colisiona –en mayor o menor medida– con el principio de legalidad y su conexión necesaria con el principio de imputación (responsabilidad por el hecho). Ante la ausencia de criterios normativos para medir la «intensidad» de la imprudencia, se deja en manos de los tribunales una labor de individualización judicial que resultaría innecesario.

Esta disonancia valorativa puede generar una arbitrariedad sistémica, pues supedita la imputación personal a la discrecionalidad del operador judicial, quien termina por construir un juicio de culpabilidad sobre bases puramente ontológicas. Pero se debe rechazar este reduccionismo «psicologista» que pretende encontrar el fundamento del reproche en el fuero interno del individuo o en la mera comprobación de un suceso natural. La racionalidad del sistema exige, en cambio, parámetros técnicos de imputación donde la culpabilidad sea entendida como la capacidad del portador de roles para «auto-administrar» su libertad conforme a la vigencia de la norma. Resulta entonces necesario renunciar al insistente círculo del resultado (73) fenoménico y a la búsqueda de variantes psicológicas inasequibles. El Derecho Penal sí logra funcionar como un sistema de comunicación social que reafirma la fidelidad al Derecho y preserva el estatus de persona de sus ciudadanos.

En la actualidad, el sistema de la imprudencia grave no se limita a la determinación del quebrantamiento de la vigencia de la norma, sino que persiste en la comprobación de un comportamiento «grave» que no está en las normas (elemento causal necesario y a la vez insuficiente para la imputación). Como se ha mostrado en secciones ante-

(72) Sobre ello, Jakobs, G., «Sobre la génesis de la obligación jurídica», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 2000 (23), pp. 342-345.

(73) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «El mito del resultado», *Revista Nuevo Foro Penal,* (9) 2022, *longe lateque.*

riores, la categoría de «imprudencia grave» no contribuye a una distinción sustancial que no pueda ser absorbida por un juicio de imputación objetiva bien construido. Importa destacar que dicho juicio de imputación permite superar visiones escolares de la gravedad al evaluar si el portador de roles defraudó las expectativas sociales de comportamiento de forma comunicativamente relevante, integrando los elementos de la imprudencia en la valoración del riesgo y su realización (74). Al final, lo que el sistema penal censura no es el suceso fenoménico, sino el comportamiento que comunica una falta de fidelidad al derecho, unificando el tratamiento de la imprudencia bajo parámetros técnicos de imputación que garantizan la unidad lógica del ordenamiento. Ante lo expuesto, mantener la etiqueta engañosa de «imprudencia grave» solo embrolla la función de juzgar y perpetúa una incoherencia sistemática que contradice la propia estructura del Código Penal. Visto así, replantear el análisis de la imprudencia grave puede contribuir a una graduación de la responsabilidad basada en la realidad del ataque a la norma y en la magnitud del riesgo creado por el autor, restaurando la necesaria concordancia entre la tipicidad, la gravedad del hecho y la consecuencia jurídica a imponer.

La coherencia de un sistema no es un atributo meramente formal, sino la condición de posibilidad de su racionalidad valorativa y legitimidad (75). El sistema jurídico funciona como una estructura de expectativas de comportamiento que permite la vida en sociedad (76). Por tanto, cuando un sistema democrático define ciertas conductas como indebidas formas de ataque a bienes jurídicos, marcando además escenarios de gran relevancia, pero imponiendo sanciones disonantes, incurre en una contradicción sistémica que fractura la unidad lógica del ordenamiento (77). Esta asimetría erosiona la fidelidad al Derecho, pues si la comunidad no percibe en la pena una respuesta racional, la sanción pierde su aptitud para ejercitar al ciudadano en el respeto a la ley. Expresado de otra manera, un sistema confuso degrada el Derecho a una especie de tiranía y desacredita el estatus de persona de sus integrantes, el cual solo puede preservarse si las

(74) Reyes Alvarado, Y., «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo 45, Fasc/Mes 3, 1992, p. 955.

(75) Reyes Alvarado, Y., «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo 45, Fasc/Mes 3, 1992, pp. 945-948.

(76) Schürer-Mohr, W. *Erlaubte Risiken. Grundfragen des «erlaubten Risikos» im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt a. M., 1998, pp. 58-61; Köhler, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* Berlin/Heidelberg/New York, 1997, pp. 20-23.

(77) Reyes Alvarado, Y., «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo 45, Fasc/Mes 3, 1992, p. 949.

normas que definen sus derechos mantienen una validez comunicativa inalterable y armónica (78).

La magnitud de una indebida forma de ataque al bien jurídico exige una respuesta estatal que preserve la racionalidad valorativa y la unidad lógica del sistema. Si se asume que el delito no es un suceso natural sino una construcción social, el desvalor del comportamiento –representado en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado– debe conectar necesariamente con una sanción que tenga la aptitud comunicativa suficiente para estabilizar el sistema. En ese sentido, no resultaría loable imponer penas desproporcionadas bajo la tesis de que el resultado fenoménico es, en parte, fruto del «al azar» o de la «mala suerte del sujeto» (79), pues ha quedado acreditado que esa clase de planteamientos resultan incompatibles con una concepción valorativa de la teoría del delito. Quien desprecia «un saber estar en sociedad» está en la obligación de responder por su conducta (80) *(Persönliche Zurechnung).* En orden similar, conviene reiterar la imposibilidad de asumir la idea de injusto como mero suceso natural (81), sino un ata-

---

(78) Reyes Alvarado, Y., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal,* 2009 (2), p. 11, nota 27.

(79) Frente a quienes defienden que la imprudencia debe asociarse a un substrato de «responsabilidad por el azar» (*Zufallshaftung*), cabe argüir que, cuando menos, ante las manifestaciones de egoísmo grotesco, el azar es creado por el propio sujeto. No puede ser fruto de la «mala suerte» que le sobreviene al autor, pues, a decir verdad, éste desestabiliza el orden jurídico de un tercero al que no tenía autorización para afectar, asumiendo una gestión del riesgo ajeno que no le correspondía. En la imputación objetiva, entiendo que lo determinante es que el sujeto se comporta de forma distinta a la que la sociedad espera de su rol, defraudando las expectativas mínimas de cuidado. Así pues, quien prioriza su interés –egoísmo grotesco– sobre la fuente de peligro está «fabricando» su mala suerte (*ein Unglück gehabt*).

(80) La inmensa mayoría de delitos cometidos por imprudencia grave no cuentan con penas graves. En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de los respectivos comportamientos se distancia de la gravedad del acto, pues se ha mostrado que los contextos donde se desarrollan los delitos graves, en el marco de la imprudencia, pueden acarrear consecuencias irreversibles; sin embargo, tanto estas como valoraciones similares no son tenidas en cuenta por el legislador. A su vez, la inmensa mayoría de delitos cometidos por imprudencia grave estipulan penas de multa, al menos esta clase de consecuencia jurídica se prevé en treinta y cinco comportamientos. Este tratamiento indica que la imprudencia grave en la legislación española prevé una respuesta más próxima a las infracciones administrativas que al delito. La cuestión es alarmante, pues muchos escenarios, donde se afectan bienes jurídicos irrecuperables y otros objetos de un orden similarmente importante, no contemplan sanciones sospesadas, esto es, consecuencias jurídicas que se ajusten a los principios de proporcionalidad penal y de retribución.

(81) Para una valoración más tradicional, así como apreciaciones disímiles: Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho penal,* 2.ª ed. (reimpresión), BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2003, pp.: 198-199; Roxin, C., *Kriminalpolitik und Strafrechts-*

que a la norma penal objeto de protección. Cabe aquí insistir: en la imprudencia grave, el sujeto actúa de una forma radicalmente distinta a la que la sociedad esperaba de él (82). Por tanto, quien activa una fuente de peligro queda obligado a mantener su control dentro de los

---

system, 2.ª ed., De Gruyter, Berlín, 1973, pp.: 1-22; Bricola, F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, «Politica criminale e scienza del diritto penale», Bologna, 1997, p.: 228; Von Liszt, F., *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge,* Tomo II, Berlin, 1905, p. 80; Von Liszt, F., *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe en Strafrechtliche Aufsätze,* Tomo II, 1905, pp. 61-62; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría del delito/1,* Madrid, 1981, pp.*:* 390 y ss.; Arroyo de las Heras, A., *Manual de Derecho Penal. El delito,* Pamplona, 1985, pp. 87-89; Schmidhäuser, E. *Zur Systematik der Verbrechenslehre en Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 269; Busch, R., *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1949, pp. 3-4; Vives Antón, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal,* 1966, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 145; Radbruch, G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem,* Berlin, 1904, pp. 129, entre otros lugares; Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho Penal,* 2.ª ed., BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2021, pp. 24-28; Maihofer, W., *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953, p. 2; Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin/New York, 1993, § 6 num. 6; Cardenal, S., *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Editorial PPU, Barcelona, 2002, pp. 14 y ss.; Heinrich, B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 7.ª ed., Stuttgart, 2022, §8 num. 110-116; Rodríguez Devesa, J. M. /Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español. Parte General,* 17.ª ed. Dykinson, Madrid, 1994, pp.: 431-426; Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1980, p. 27-28; Luigi, F., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, 9.ª ed., Roma/Bari, 2008, p. 486-487; Dahm, G., y Schaffstein, F., *Liberales oder autoritäres Strafrecht?,* Hamburg, 1933, p. 32; Antolisei, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale,* 16.ª ed., Milano, 2003, p. 214-215, entre otros lugares; Moccia, S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica,* Napoli, 2006, pp. 125-130; Hegler, A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs,* en *Festgabe für Frank*, vol. I, Tübingen, 1930, pp. 251 y ss.; Mayer, M., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,* 2.ª ed., Heidelberg, 1923, pp. 185, 188, entre otros lugares; Morales Prats, F., «Capítulo 6. La antijuridicidad», en Gonzalo Quintero Olivares (dirs.), *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Aranzadi, Pamplona, 1999, pp.: 287-298; Frank, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs,* en Reinhard Frank *(et al.)* ed., *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*, De Gruyter, 1907, pp.: 6-12; Lesch., H., «Unrecht und Schuld im Strafrecht», en *Juristische Arbeitsblätter (JA),* 2002, (602), p. 603; Blei, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch,* 17.ª ed., München, 1977, *p.:* 162; Bockelmann, P., y Volk, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., C. H. Beck, München, 1987, p. 56.

(82) La «imprudencia grave» surge cuando el comportamiento del individuo comunica un desprecio flagrante por las normas de cuidado. Por ende, se descarta el ejercicio de escudriñar si el individuo «sintió» desprecio internamente, sino de constatar que su acción, interpretada comunicativamente, equivale a una negación grotesca de la norma de cuidado **que rige su rol**. Si cualquier persona razonable en esa posición hubiera advertido y evitado el riesgo con facilidad, el sistema realiza una

límites normativos existentes, pues, se entiende que la responsabilidad surge precisamente de una defectuosa auto-administración de la libertad que, al basarse en una incorrecta configuración de la realidad («error»), comunica el quebrantamiento de la vigencia de la norma (83). Así pues, sancionar este tipo de comportamientos bajo un raciocinio comunicativo, esto es, imponiendo penas graves, garantiza que el *ius puniendi* reafirme la vigencia de la norma frente a comportamientos que, aunque no busquen directamente el resultado (84) a

---

imputación directa a título de imprudencia grave, pues el «ser social» ha defraudado de manera cualificada las leyes de convivencia.

(83) A mi juicio, la imprudencia grave guarda una particular densidad normativa a la altura de los tiempos, se trata de una proliferación de fuentes de peligro técnicamente complejas y socialmente difusas, pero necesarias para mantener el desarrollo y la estabilidad social. Así, la imputación no descansa exclusivamente en la producción causal del resultado en términos fenoménicos, sino en la infracción del deber de aseguramiento y control que pesa sobre quien introduce o incrementa un riesgo no permitido dentro de la esfera social. A mayor potencial lesivo procedente de la organización libre de ámbitos de riesgo, mayor será la exigencia normativa de previsión, contención y dominio sobre el curso de peligrosidad provocado. Si se analiza con cuidado, buena parte de la problemática de los escenarios imprudentes radica en que muchas de estas acciones inician con el despliegue de un riesgo permitido que termina colindando en comportamientos que se ubican fuera de ese riesgo, y, por ello, la proliferación de estos actos complica una correcta determinación. Por ello, resulta esencial aferrarse a la determinación de si ese acto desplegado es o no una manifestación objetiva de la infracción de la norma a modo de defraudación de expectativas sociales. La problemática de los escenarios imprudentes reside en el tránsito defectuoso desde la administración de un ámbito de libertad –inicialmente amparada por el riesgo permitido– hacia la efectiva creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Ante la proliferación de conductas limítrofes, la racionalidad del sistema exige abandonar el plano puramente naturalístico para centrarse en la significación social de la acción desplegada. En este esquema de imputación objetiva, resulta esencial determinar si el comportamiento del portador de roles constituye una defraudación de las expectativas sociales, comunicando de forma objetiva el quebrantamiento de la vigencia de la norma penal. De este modo, lo determinante no es ni el suceso fáctico ni lo que pensaba el sujeto ni el plan que tenía, sino, constatar si la conducta puede (o no) ser interpretada como una indebida forma de ataque al bien jurídico que lesiona las reglas de la vida de relación social. Quien asuma esta tesis, afirmará entonces que el centro de atención es el rol social del individuo y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Visto de este modo, el dolo e imprudencia dejan de ser meros estados psicológicos para integrarse en el juicio de imputación objetiva. Así, en extenso, Jakobs, G., *El concepto jurídico penal de acción,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 26-29 (entre otros lugares); Tavares, J., «Algunas reflexiones sobre un concepto comunicativo de conducta» en *Dogmática y Ley Penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* Tomo I, José Miguel Zugaldía Espinar/ Jacobo López Barja de Quiroga (coords.), Madrid/Barcelona, 2004, pp. 905-915.

(84) Véase la opinión al respecto del maestro Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General,* 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, L. 11 num. 15: «[…] el dolo es un fenómeno de contenido fundamentalmente psicológico y **la imprudencia, un fenómeno básicamente normativo**» (negritas fuera del texto original).

modo de plan doloso, sí demuestran un desprecio por las expectativas de conducta mínimas para la convivencia (85). La gravedad puede entonces observarse más allá de términos axiológicos, esto es, como defraudación social que irrumpe drásticamente en esferas de terceros (86).

La afectación a bienes jurídicos fundamentales como la vida, afectados mediante comportamientos que comunican un desprecio flagrante por las expectativas sociales de comportamiento, no pueden tener un tratamiento penológico que no sea grave al menos, respecto a la configuración actual del sistema penal español. Debe considerarse que el acto imprudente expresa un menosprecio al prójimo, donde el autor se decanta por su egocentrismo y renuncia a las expectativas de comportamiento que de él se esperaban (87).

Desde la postura aquí diseñada, no se puede vivir en comunidad prescindiendo de la solidaridad –entendida esta última, normativamente, como la asunción de las expectativas de comportamiento ligadas a cada rol social. Sin este compromiso comunicativo con el derecho, la vida en comunidad se desvanecería, dando paso a una multiplicidad de existencias solitarias y conflictivas donde el individuo quedaría despojado de su protección normativa y reducido a la condición de un simple ser viviente. La anterior valoración se concreta de forma latente tanto en grandes como en pequeñas entidades sociales, en donde cada miembro debe aportar, abdicando su egoísmo, para garantizar la seguridad y el bienestar común (88). Conforme a lo

---

(85) Jakobs, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico- penal*, Civitas, Madrid, 2016, p. 95: «dolo, imprudencia y, al menos cognoscibilidad del injusto no tienen *per se* significación jurídico-penal –de lo que se trata es de hechos o disposiciones psíquicas, es decir, de naturaleza–, sino en cuanto indicador del elemento en el que culmina la imputación jurídico-penal: falta de fidelidad al ordenamiento jurídico». En esta versión, como se aprecia, el Derecho Penal no puede castigar simplemente estados mentales…; castiga conductas exteriorizadas, modos, manifestaciones que expresan (o comunican) objetivamente contrariedad a la vigencia de la norma.

(86) Roxin, C., y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, §24 num. 53.

(87) Varios de los bienes jurídicos relacionados en las normas (como la vida, la integridad física, la libertad; etc.) representan una trascendencia que no requiere argumento. Asimismo, la mayoría de los contextos en las normas que regulan la imprudencia grave, representan un estado de peligrosidad inobjetable que ameritan una intervención y una sanción ejemplar.

(88) A mi parecer, cuando un sujeto descuida una fuente de peligro por «egoísmo», comunica la instrumentalización al prójimo, expresa que prioriza sus fines personales. Desde esa rúbrica, viola la autonomía ajena a máximo nivel. Esta partícula de insolidaridad amerita que el «reproche penal» se acerque al del dolo en términos penológicos, pues el sujeto ha renunciado voluntariamente a custodiar la

anterior, cuando alguien obra con imprudencia grave incumple de forma palmaria este compromiso colectivo, quien no adopta las precauciones más elementales, se desentiende de sus roles como ciudadano, como miembro de un cuerpo… Pero no se puede soslayar que a cada portador de roles se le exige distintas y determinadas formas de comportamiento. En esa rúbrica, resulta plausibles apreciar consecuencias jurídicas superiores al de quien simplemente comete un descuido de menor entidad (89). La imposición de una pena no constituye una reacción moral ante el «egocentrismo» psicológico del autor, sino un mecanismo de prevención general positiva frente a quien, mediante una defectuosa administración de su ámbito de libertad, comunica el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Al anteponer una preferencia individual a las expectativas sociales de comportamiento, el portador de roles despliega una conducta que niega la validez del ordenamiento jurídico para la comunidad. Por consiguiente, una sanción proporcional es indispensable para estabilizar el sistema y preservar el estatus de persona de los demás integrantes, garantizando que sus derechos no queden supeditados a la arbitraria voluntad de quien decide organizar su comportamiento al margen de sus deberes de fidelidad al Derecho (90).

---

fidelidad que debe al orden jurídico. Esta última idea la he tomado tras agotar la lectura de Jakobs, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2016, p. 95.

(89) Si la imprudencia grave comunica un «desprecio absoluto por el prójimo», el sistema penal tiene que reaccionar de forma coherente. Pues cabe recordar que no se está castigando un simple infortunio o un mero descuido en el que todos podemos «caer sin querer», por el contrario, se está castigando a un sujeto que, en libertad, optó por la escisión normativa de desentenderse de los demás, para crear un riesgo que no tenía derecho a imponer, derivando en una lesión irreversible de la autonomía ajena («desprecio absoluto por el prójimo»).

(90) A mi parecer, el fin primordial de la pena es reafirmar la vigencia de la norma ante la sociedad y ejercitar al ciudadano en una actitud de fidelidad al derecho (ciudadanos). Para que este mensaje comunicativo cobre sentido, la comunidad debe percibir que el quebrantamiento de los deberes de cuidado tiene consecuencias reales y onerosas; si la sanción es irrisoria o insignificante frente a un riesgo grave, se puede debilitar la confianza en el sistema y el mensaje transmitido es que la norma no es realmente vinculante ni digna de protección («no sale caro volver actuar de modo egoísta»). Así pues, como se ha explicado a lo largo de este trabajo, la imprudencia grave no es un simple descuido, sino una transgresión manifiesta y cualificada de este por parte de quien, en su condición de portador de un determinado rol, despliega de forma egoísta su ámbito de actuación, anteponiendo la satisfacción de sus propios intereses a las expectativas normativas que fundamentan la convivencia y proyectando, con ello, un desprecio intolerable hacia la seguridad ajena. Desde una perspectiva valorativa, una pena que no suponga un «mal» o un sufrimiento perceptible mediante la restricción de derechos deja de ser una *pena* para convertirse en algo indistinguible de un «premio» o una mera tasa administrativa, recuérdese aquí los

En la «imprudencia grave» reposa una «defraudación de expectativas de rol», como ya se ha reiterado, esto es así porque la sociedad se organiza mediante diversas funciones, las cuales generan expectativas de comportamiento. La imprudencia es una «imperfecta ejecución de un rol». Una imprudencia sería «grave» cuando la conducta se aparta de manera significativa de lo que se espera de un portador de roles en una situación determinada. Pero también debe hablarse de un grado de evitabilidad y previsibilidad, porque la imprudencia es un reproche objetivo a una acción que se aparta de la norma cuando existe una «posibilidad objetivamente atenuada» de que el autor prevea ese apartamiento.

En casos prácticos, como la conducción en estado de ebriedad, la gravedad es tal que a menudo se busca calificarla como dolo eventual para permitir una sanción mayor, lo que demuestra que la imprudencia grave no es mera contingencia. En ese horizonte, es suficiente con valorar el sentido social del comportamiento y lo que comunica, lo que trasmite. Si el comportamiento comunica un desprecio flagrante por las normas de cuidado que rigen un rol, la imputación de ese resultado a título de imprudencia grave es directa. Esto parece encajar con la idea de que la gravedad se determina también mediante un juicio intersubjetivo y *ex ante*. El operador judicial debe colocarse en la posición del autor al momento del hecho y evaluar si el riesgo creado era de tal magnitud que la sociedad no lo tolera en absoluto. A la luz de ello, se entiende que, a fin de resolver la gravedad, no importa lo que el individuo concreto pensara o sintiera (aspecto subjetivo natural), sino cómo su comportamiento es interpretado por la comunidad basándose en un lenguaje compartido y normas de convivencia (91).

---

efectos valorativos la ley Orgánica Penitenciaria y los tratamientos de clasificación en materia de imprudencia. Retomando, creo que el Derecho Penal debe valorar la conducta por su significado social; por tanto, si el significado del comportamiento es un ataque frontal a la estabilidad comunitaria, una pena leve defrauda las expectativas de los ciudadanos fieles a la norma y erosiona el tejido social que el Derecho en su conjunto busca estabilizar. Cabe también citar que del mantenimiento de la vigencia de la norma depende la conservación del estatus de persona de las víctimas; ergo, al asignar consecuencias mínimas a riesgos graves e irrecuperables (como la vida), el sistema degrada al titular de derechos al nivel de un simple «ser viviente» despojado de protección comunicativa. Sobre ello, en extenso, JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la teoría de la imputación,* Marcial Pons, Madrid, 1995 Cap. I. num. 9, 10; 14-16.

(91) Al respecto, y con razón apuntaba en su día Lesch: «En un mundo desmitificado, el Derecho Penal solo puede ser ejercido razonablemente entendido como un Derecho Penal funcional. Función, es –y en esto todavía reina unanimidad– la garantía de las condiciones fundamentales de la vida en común del ser humano (1); esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del Hombre. En todo lo demás

Recapitulando, ante la ausencia de normas taxativas, como ocurre mayoritariamente en el Código Penal español, la gravedad de la imprudencia se resuelve estableciendo si el sujeto, como portador de un rol *(Rolleträger),* defraudó de forma cualificada las expectativas sociales al crear un riesgo que cualquier persona razonable en su posición habría evitado por considerarlo comunicativamente inaceptable.

Llegados a este punto argumentativo, puede defenderse que la gravedad del delito imprudente no reside en el azar del resultado, es decir, en la mala suerte derivada del acto desplegado por su autor (92). Pero tampoco parece lógico defender que la imprudencia grave se sustente en la intensidad de un suceso psíquico inobservable. Es menester connotar que, tras analizar las normas, la distinción entre lo grave, lo menos grave y lo leve no depende de valoraciones morales intuitivas ni del daño físico producido (el «resultado fenoménico»), sino de parámetros técnicos de imputación objetiva vinculados a la administración de ámbitos de libertad (93). Así, resulta relativamente más simple la detección del problema, pues, la distinción no es ontológica (cuánto daño hay), sino valorativa, pues se diferencia lo grave de lo leve evaluando qué tan seriamente el portador de roles defraudó la confianza social y qué tan evitable era ese comportamiento conforme a los conocimientos y capacidades que se esperaban de él en su contexto social («criterios cuantitativos y cualitativos de imputación en cada caso concreto»).

Atendiendo a la tesis de que el ser humano es un sujeto diseñado para vivir en una comunidad, al Derecho Penal no se le puede atribuir únicamente la protección de bienes jurídicos en abstracto. Este instrumento garantiza el reconocimiento del «otro» como un igual; de ahí que se sostenga que el Derecho Penal protege la vigencia de la norma, esta visión parece superior a la de quienes

---

no existe acuerdo», Lesch, H., «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* (Tomo 48, Fasc/Mes 3,) 1995, p. 912.

(92) Roxin, C., y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, §24 num. 48: «[…]importantes autores sostienen que incluso la realización del tipo de la imprudencia depende de la capacidad individual del sujeto».

(93) Un punto de partida disimil puede verse en: Roxin, C., y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, §24 num. 10: «A decir verdad, más allá de los elementos característicos de la infracción del deber de cuidado se esconden distintos elementos de imputación que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa que tal cláusula general». Tras agotar la lectura de la citada sección, puede comprobarse que los autores se refieren, concretamente, a las siguientes expresiones: «infracción del deber de cuidado»; «previsibilidad»; «cognoscibilidad»; «advertibilidad»; «evitabilidad».

reducen el Derecho Penal a una «Rama» que impone castigos y que intimida a ciudadanos. Por ello, sin ese reconocimiento del «otro» la propia existencia jurídica carecería de sentido en una sociedad heterogénea.

Si la sociedad se basa en un sistema de roles y de expectativas de comportamientos sociales, el Derecho Penal no puede reducirse a una mera protección de bienes, éste en verdad pretende la vigencia de las normas (94). Obrar con imprudencia grave, entonces, equivaldría a materializar la «imperfecta ejecución de un rol» de tal magnitud que comunica un desprecio por las reglas que permiten la convivencia armónica. La falta de solidaridad –entendida conceptualmente como la asunción de las expectativas de comportamiento ligadas a cada rol social– se manifiesta cuando el individuo, priorizó su esfera de comodidad sobre los demás (95). Por eso, quien castiga esta clase de manifestaciones, con penas leves o multas, asume una escasa importancia a la vida en comunidad o, si se prefiere, a la compresión del concepto de Derecho Penal. La pena entonces debe ser la herramienta que reafirma la vigencia de la norma frente a quien, mediante una defectuosa administración de su libertad, comunica su infidelidad al Derecho. Quien

(94) A mi modo de ver, los ejemplos que ilustran esta cuestión son miles, pero, pueden discutirse al menos los siguientes. «Un juez dicta una resolución injusta sin leer bien el expediente y condena a otro de forma ilegítima, simplemente por el deseo de irse de vacaciones antes de tiempo». Su comportamiento es trascendente para el Derecho Penal no por su motivación interna, sino porque, como portador de un rol social específico, ha actuado desconociendo un deber de conducta derivado de su posición de garante. En este escenario, el juez crea un riesgo jurídicamente desaprobado para la administración de justicia. El verdadero «resultado» de su acción no es solo la sentencia física, sino el quebrantamiento de la vigencia de la norma que exige un comportamiento acorde con los estándares de un administrador de justicia; su conducta comunica una negación de la norma que la sociedad no puede tolerar.

«Un conductor atropella a otro al cruzar un semáforo en rojo a gran velocidad por no querer esperar un minuto para llegar a una cita personal, quedando acreditado que revisaba el teléfono móvil». En este caso, el sujeto ha superado los límites del riesgo permitido dentro del contacto social ordinario para crear un riesgo jurídicamente desaprobado. Al actuar de ese modo, el individuo deja de comportarse como debía haberlo hecho cualquier otra persona en su mismo rol de conductor. Aunque el atropello es una modificación del mundo exterior (resultado ontológico). Su comportamiento se interpreta como una forma indebida de ataque a la vida, donde el «desprecio» se traduce normativamente como una contradicción objetiva al sistema de libertades y deberes que permiten la convivencia.

(95) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «El mito del resultado», *Revista Nuevo Foro Penal,* (9) 2022, p. 43: «Esa visión es objetiva, porque supone valorar la conducta de la persona en cuanto ser social (portador de roles) y no en cuanto individuo; desde el punto de vista de la imputación objetiva, la pregunta relevante es si se comportó como debía haberlo hecho cualquier otra persona en su mismo rol social».

adopte la idea de que la conducta se valora por lo que comunica socialmente, asumirá que la respuesta deba a su vez comunicar y reafirmar la gravedad del acto para volverse operativa. En términos prácticos, casos graves de imprudencia son tan «grotescos» en su desprecio por las expectativas sociales de comportamiento que los jueces suelen forzar la categoría de dolo eventual para poder castigarlos con la severidad que el mensaje social del comportamiento exige (96). Esta no es una visión puntual, por el contrario, esto sucede en la práctica forense y en esta investigación se han aportado elementos puntuales que así lo constatan. Lo relevante es determinar si su comportamiento, analizado externamente, se encaja en una manifestación de quien ha fallado cualificadamente a su rol (97). Así las cosas, una imprudencia grave es una «obra» que comunica una insensibilidad normativa tal, que «el sistema» la interpreta como una vulneración de las leyes de convivencia por parte de quien no quiso tomarse en serio sus roles sociales de

(96) En la práctica, la jurisprudencia española, en ocasiones, ante la ausencia de criterios para delimitar la imprudencia grave, cuando los resultados son graves, «baraja» la interpretación de dolo eventual. En algunos casos esto puede ser benévolo, mientras que en otros no. Entre otras, véase las siguientes providencias que tratan esta cuestión: Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 22 de junio de 2022 RES:614/2022 REC:3228/2020 (ECLI: ES: TS:2022:2543); Audiencia Provincial de León, de 21 de febrero de 2019 RES:194/2019 REC:1591/2018 (ECLI: ES: APLE:2019:140A); Audiencia Provincial de Teruel, de 23 de septiembre de 2020 RES:150/2020 REC:148/2020 (ECLI: ES: APTE:2020:175A); Audiencia Provincial de Toledo, de 14 de diciembre de 2022 RES:244/2022 REC:34/2022 (ECLI: ES: APTO:2022:1927); Audiencia Provincial de Toledo, de 14 de diciembre de 2022 RES:244/2022 REC:34/2022 (ECLI: ES: APTO:2022:1927); Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 1 de febrero de 2019 RES:44/2019 REC:1275/2018 (ECLI: ES: TS:2019:269); Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 28 de abril de 2003 RES:625/2003 REC:3418/2001 (número Sentencia: 625/2003); Audiencia Provincial de Cádiz, de 25 de julio de 2022 RES:173/2022 REC:120/2022 (ECLI: ES: APCA:2022:3024e); Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia (Juzgado de lo Penal), de 9 de julio de 2014 RES:205/2014 REC:643/2012 (número Sentencia: 205/2014). En la doctrina científica española, mención especial merece el planteamiento trazado por Feijoo Sánchez, B., «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret Penal,* (3) 2015, pp. 4-5.

(97) Acertadamente afirmaba Jakobs que no podía hablarse de imputación objetiva si la persona no viola su rol social; si el sujeto no defrauda las expectativas de su rol es porque obra fuera del ámbito de lo prohibido. Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., Berlin/New York, 1993, § 7 num. 35-39; Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho penal,* Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 110 y ss.; Jakobs, G., Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischen Prinzipiendenken, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, num. 107, 1995, p. 861; Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 67.

comportamiento (98). Lo grotesco es la claridad con la que el comportamiento comunica el desprecio por la vigencia de la norma (99).

De todo lo expuesto, no caben dudas respecto al tratamiento penológico que deba tener la imprudencia grave. Aplicar penas que reflejen la significación social del desprecio por las expectativas sociales de comportamiento se justifica para mantener la identidad normativa de la sociedad (100). Si bien el Código Penal sanciona con penas leves en «la inmensa mayoría de supuestos» de la «imprudencia grave», no se puede sostener que la «inmensa mayoría de supuestos» no sean graves en términos axiológicos. Como se ha indicado y demostrado en esta investigación, si la «inmensa mayoría de supuestos» presentan escenarios graves en términos axiológicos, la sanción debe comunicar una desaprobación racional (101); de lo contrario, la función de la

---

(98) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «El mito del resultado», *Revista Nuevo Foro Penal,* (9) 2022, pp. 47 y ss.

(99) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «El mito del resultado», *Revista Nuevo Foro Penal,* (9) 2022, p. 48.

(100) Quien actúa imprudentemente manifiesta un «egoísmo grotesco» al priorizar su comodidad o interés personal sobre la seguridad ajena que estaba obligado a custodiar. Por ende, la justicia no emana de la etiqueta, sino de la imputación objetiva: determinar si un portador de roles defraudó las expectativas sociales de cuidado. Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la teoría de la imputación,* Marcial Pons, Madrid, 1995, Cap. I num. 9. Retomando, eliminar la etiqueta de «imprudencia grave» y sustituirla por un sistema de imputación basado en la creación de riesgos permite restaurar la coherencia sistemática. Es necesario evitar que delitos etiquetados como «graves» reciban penas que el mismo Código define como «menos graves». Por otra parte, asegurar que los ataques más severos a bienes fundamentales no sean tratados con la levedad de una «infracción administrativa reforzada», como sucede actualmente en muchos casos permite abonar a un sistema mucho más democrático. El sistema actual es un refugio de ontologicismo innecesario que confunde a la sociedad y a los operadores jurídicos; no me refiero a la creación de una especie de caos en los tribunales, pero sí a una dificultad innecesaria de la que se puede prescindir. Conviene recordar que «la estructura de la conducta imprudente es la misma en la imprudencia consciente y en la inconsciente. Esta obedece a la ligera distinción; empero, por grande que sea el peligro, únicamente concurre una imprudencia consciente si el sujeto se ha representado, cuando menos, la posibilidad de una lesión típica de bienes jurídicos. Pues no resulta suficiente con que hubiera debido ser consciente de esta posibilidad»: Roxin, C., y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, §24 num. 63. Por ello, los comportamientos indeseados previstos en las normas pueden ser sancionados por vía extraordinaria, pero prescindiendo de denominaciones vacías.

(101) Cfr. Lesch, H., «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales,* (Tomo 48, Fasc/Mes 3,) 1995, p. 926: «Injusto jurídico-penal, cuyo concepto hasta ahora había sido confundido con la culpabilidad, es explicado, según su contenido, no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho. Se trata de una

pena como institución comunicativa y autoritativa se seguiría viendo seriamente afectada (102). El fin primordial de la pena es la prevención general positiva, entendida como la confirmación ante la comunidad de que la norma sigue vigente pese a su infracción (103). Pero si la sociedad no percibe la racionalidad (104) positiva en la sanción –representado en la privación o restricción de derechos–, la pena pierde su aptitud comunicativa para ejercitar al ciudadano en la fidelidad al derecho (105). La sanción es un proceso de estabilización social que busca mantener el estatus de persona, el cual solo es posible si las normas que definen derechos mantienen su validez comunicativa (106). Las penas actualmente previstas como respuesta institucionalizada para los supuestos de «imprudencia grave», resultan ineluctable para reafirmar intensamente la estabilización del sistema social (107). Desmontado el mito de la imprudencia grave, solo resta compartir las siguientes valoraciones finales.

---

defraudación de expectativas normativas, es decir, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación concreta. Esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la valoración de sucesos del mundo exterior, sino al significado de estos para la vigencia de la norma».

(102) Cfr. Pérez Barberá, G., «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución», *InDret Penal,* (4) 2014, pp. 16, 25, 26. Al hilo de la lectura se desprende la siguiente valoración. El Estado utiliza el mal de la pena para restablecer la figura del *ius puniendi* frente al infractor, comunicando que la voz del Estado y de la víctima es la única que debe prevalecer. Visto desde este constructo, una consecuencia jurídica que no se corresponda con la gravedad declarada del hecho no permitiría al Estado comunicar con la autoridad necesaria, la cual se define como el poder de imponer sanciones lógicas. Así, entiendo que, si el legislador asigna una sanción leve, destruye la lógica inferencial donde el estatus deóntico (la obligación de soportar la pena) debe derivarse coherentemente de la premisa (el acto grave cometido).

(103) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal,* (11) 2009, p. 10.

(104) Cfr. Lesch, H., «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* (Tomo 48, Fasc/Mes 3,) 1995, p. 920.

(105) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal,* 2009 (11), p. 12.

(106) Cfr. Reyes Alvarado, Y., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal,* 2009 (11), p. 17.

(107) Sobre ello, véase, en especial la tesis de Pérez Barberá, G., «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución», *InDret Penal,* (4) 2014, p. 17.

A mi modo de ver, la función principal de la pena no puede agotarse en la retribución ontológica, sino a la estabilización del sistema social mediante la reafirmación de la vigencia de la norma. La retribución, en esencia, es ciega; no mira al futuro; de ahí su imposibilidad de ajustar esa finalidad en el marco de las sociedades democráticas modernas. Dicho esto, defiendo entonces la pena como un loable acto de comuni-

VI. COLOFÓN

Según el artículo 13.1 del Código Penal, un delito se considera «grave» solo si la ley le asigna una «pena grave» (como la prisión superior a cinco años). Sin embargo, las normas revelan que la inmensa mayoría de los comportamientos etiquetados como «imprudencia grave» no conllevan penas de esa entidad, sino consecuencias mucho menores o simples multas. La discordancia erosiona la coherencia interna del sistema jurídico, pues se utiliza una rúbrica de máxima severidad para comportamientos que –en la práctica penológica– son tratados con una levedad que se aproxima más a la infracción administrativa reforzada que al verdadero criterio de gravedad. Por tanto, la «gravedad» de la imprudencia en el sistema español termina siendo una etiqueta engañosa que no guarda correlación con la respuesta punitiva del *ius puniendi.*

El sistema penal español adolece de una falta de baremos suficientes y objetivos, así como escalas precisas y suficientes para deslindar cuándo un comportamiento es «gravemente imprudente»; pero aún con todo, mantiene la etiqueta en varias conductas referidas a la imprudencia punible. Se ha optado por emplear fórmulas ambiguas y criterios generales –como el «olvido absoluto» de la norma de cuidado o el «menosprecio» a la norma de atención– que carecen de un anclaje inquebrantable (108). Esta orfandad técnica obliga al juzgador en varios casos a abandonar la certeza jurídica para adentrarse en un terreno de «aguda sensibilidad valorativa», donde la distinción entre

---

cación que restablece la confianza en el ordenamiento jurídico, y dicho acto, debe demostrar que la infracción no ha logrado invalidar la norma penal.

(108) Varias sentencias, como las que se han revisado en este trabajo muestran la dificultad de deslindar entre un injusto imprudente grave y un injusto doloso (principalmente en el denominado dolo eventual). La cuestión también es defendida por la doctrina científica. Ahora bien, respecto a las providencias de los jueces, véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 30 de noviembre de 2001 RES:2235/2001 REC:2281/2000 (ECLI: ES: TS:2001:9414), FJ 1.º; la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 28 de abril de 2003 RES:625/2003 REC:3418/2001 (número de recuso 3418/2001), FJ 21; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 20 de marzo de 2026 RES:128/2026 REC:102/2026 (ECLI: ES: APGU:2026:150A), FJ 1.º; la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 22 de junio de 2022 RES:614/2022 REC:3228/2020 (ECLI: ES: TS:2022:2543), FJ2.º: «Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito»».

un error humano y un delito grave queda sujeta a una discrecionalidad excesiva, si bien no necesariamente siempre injusta. Acorde con la jurisprudencia revisada en este trabajo, puede defender que el riesgo de este modelo es que la calificación de la imprudencia no dependa siempre de la intensidad del descuido del agente, sino de la espectacularidad en parte asumido erradamente por el azar. En contraposición, incluir un catálogo estricto en donde se contemplen todos los escenarios que se asuman como graves –«a modo de cláusula cerrada»– no parece tampoco la solución más loable.

Exigir un catálogo taxativo de escenarios «graves» resulta un anacronismo propio de visiones ontológicas que ignoran la dinámica de la vida en sociedad. En un sistema jurídico racional, el Derecho Penal no debe tutelar bienes jurídicos estáticos como si fueran «artefactos fosilizados de exhibición», su misión es reaccionar ante comportamientos que, al defraudar expectativas sociales, comunican el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Por consiguiente, la imposibilidad de establecer una cláusula cerrada es una consecuencia lógica de un ordenamiento que debe regular la administración de ámbitos de libertad y la creación de riesgos jurídicamente desaprobados en un entorno social complejo, dinámico, moderno y de avanzada. Así, en lugar de listados fenoménicos, la unidad lógica del sistema se preserva mediante parámetros técnicos de imputación objetiva fundados en la cualidad del portador de roles, lo que permite valorar la significación social del comportamiento por encima de su mera manifestación material o naturalística. Al final, lo que el sistema penal censura no es el suceso físico en sí, sino la conducta de quien, en su condición de persona, organiza su comportamiento de forma que niega la validez de las normas que permiten convivir en sociedad.

Se ha detectado una profunda falta de armonía respecto a cómo el sistema penal valora actualmente la importancia de los bienes jurídicos mediante la imprudencia. Esta «policromía normativa» se traduce en paradojas de «proporcionalidad» asombrosas: por ejemplo, causar la muerte efectiva de una persona por imprudencia grave tiene una pena máxima de cuatro años, mientras que poner en peligro la salud de un menor en ciertos contextos puede castigarse con hasta nueve años de prisión (art. 189.2 del Código Penal). Aunque concurren varios bienes jurídicos en juego respecto al artículo 189.2 del Código Penal, cabe recordar que la agravación responde también a parámetros de libertad sexual. Pero incluso admitiendo esta diferencia estructural, la comparación ilustra cómo el sistema penológico produce resultados susceptibles de discusión desde una perspectiva de coherencia. En efecto, no puede negarse que la gravedad de un delito no depende solo

de su carácter doloso o culposo, pues persisten otros factores como la trascendencia del bien jurídico o elementos relativos respecto a la consumación (como puede ser la lesión efectiva o la simple puesta en peligro). El precepto contenido en el artículo 189.2 del Código Penal es un delito de peligro, si bien pluriofensivo; pero no protege la vida y tampoco es un delito que exige la causación de un resultado en términos ontológicos con daños irrecuperables como sí ocurre en el homicidio por imprudencia grave, artículo 142, y cuya consecuencia jurídica es menor.

De igual modo, el sistema parece proteger con mayor severidad intereses estatales o socioeconómicos, como el blanqueo de capitales, que la propia integridad física o la vida prenatal en determinados supuestos. Este contraste sugiere que el legislador utiliza la etiqueta de «imprudencia grave» como una herramienta de prevención general o castigo ejemplarizante según el interés político-criminal del momento, en lugar de realizar un juicio equilibrado de culpabilidad basado en la determinación del mínimo interés del autor respecto a la evitación de las consecuencias. Así, la gravedad actualmente se asume como un multiplicador punitivo errático que no refleja de manera consistente el valor axiológico de los intereses en juego.

Al menos 17 de los grupos normativos revisados pueden calificarse como delitos especiales, donde el autor ostenta una posición de garante cualificada («médicos», «funcionarios», «abogados», «gestores de residuos»…). El Derecho Penal español, a menudo, diluye su autonomía al obligar al intérprete a remitirse constantemente a normativas técnicas extrapenales (como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o reglamentos de seguridad nuclear) para poder definir el umbral de la criminalidad. Esta dependencia de normas sectoriales dificulta la construcción de un concepto penal propio de «gravedad», permitiendo que la responsabilidad profesional se transforme en responsabilidad penal sin un juicio de desvalor propiamente penal sobre el comportamiento del agente.

La gravedad de la imprudencia debe medirse por la entidad del ataque a la norma y por la magnitud del riesgo jurídicamente desaprobado que el autor, como ser social, introducido en la comunidad, decide crear. Desde esta perspectiva, quien actúa con imprudencia grave no solo comete un error, sino que manifiesta un «egoísmo grotesco» al priorizar sus intereses personales o su comodidad sobre la seguridad ajena (109) que estaba obligado a custodiar o a evitar según

(109) Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la teoría de la imputación,* Marcial Pons, Madrid, 1995, Cap. I num. 9.

cada caso. Esto es así, pues vivir en sociedad exige un compromiso de favor; ergo, despreciar las precauciones exigibles supone una quiebra de la confianza necesaria para el orden social. Bajo esta lógica, el desvalor de la acción reside en que el sujeto «fabrica su propia mala suerte» al desestabilizar injustificadamente la esfera de terceros. Por ello, la imprudencia grave solo cobrará sentido si se sanciona con penas verdaderamente graves que reafirmen la vigencia de la norma frente a comportamientos que comuniquen un desprecio absoluto por el prójimo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale,* 16.ª ed., Milano, 2003.

ARROYO DE LAS HERAS, A., *Manual de Derecho Penal. El delito.* Aranzadi, Pamplona, 1985.

BLEI, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch,* 17.ª ed., München, 1977.

BOCKELMANN, P., y VOLK, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., C. H. Beck, München, 1987.

BORJA JIMÉNEZ, E. «Art. 601». En M. L. Cuerda Arnau (dir.), *Comentarios al Código Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

BRICOLA, F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, «Politica criminale e scienza del diritto penale», Bologna, 1997.

BUSCH, R., *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1949.

CÁCERES RUIZ, L., *La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CARDENAL MONTRAVETA, S., «Delitos contra la seguridad», en M. Corcoy Bidasolo (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de Reforma del Código Penal),* 3.ª ed., Valencia, 2019.

— «Delitos contra la seguridad», en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2 /2023, 3/2023 y 4/2023 de Reforma del Código Penal),* 3.ª ed., Valencia, 2019.

CARDENAL, S., *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Editorial PPU, Barcelona, 2002.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría del delito/1,* Madrid, 1981.

CORCOY BIDASOLO, M., «En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1985.

CUENCA GARCÍA, M. J., «La incidencia de la "nueva" imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral». En Cuesta Aguado P. M. de la *et al.*

(dirs.) *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
DAHM, G., y SCHAFFSTEIN, F., *Liberales oder autoritäres Strafrecht?,* Hamburg, 1933.
EXNER, F., *Das Wesen der Fahrlässigkeit: eine strafrechtliche Untersuchung,* F. Deuticke, Leipzig, 1910.
FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret Penal,* (3) 2015.
— «*Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible*», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (27.1) 2013.
FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «Título V. Delitos relativos a la manipulación genética», en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023,* 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, 9.ª ed., Roma/Bari, 2008.
FRANK, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs,* en Reinhard Frank *(et al.)* ed., *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*, De Gruyter, 1907.
FREUND, G., *Strafrecht. AT,* Springer Berlin, Heidelberg, § 5 num. 1998.
Gabinete Técnico. Sala de lo Penal, «Doctrina jurisprudencial. Año 2016 (Primer semestre)», *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal,* 2016.
HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalidad social,* Ediciones Santillana, Madrid, 1981.
HASSEMER, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1980.
HEGLER, A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs,* en *Festgabe für Frank*, vol. I, Tübingen, 1930.
HEINRICH, B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 7.ª ed., Stuttgart, 2022.
HERZBERG, R., «Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)», ZIS (5) 2011.
JAKOBS, G., «Sobre la génesis de la obligación jurídica», Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2000.
— «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipiendenken», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, num. 107, 1995.
— *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la teoría de la imputación,* Marcial Pons, Madrid, 1995.
— *El concepto jurídico penal de acción,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
— *La imputación objetiva en Derecho penal,* Aranzadi, Pamplona, 2016.
— *La Pena Estatal: Significado y Finalidad,* Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
— *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2016.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch,* 1, ed. De Gruyter, Berlín, 1991.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, reimpresión, De Gruyter, Berlín, 2011.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin/New York, 1993.
Köhler, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* Berlin/Heidelberg/New York, 1997.
Lesch, H., «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* (Tomo 48, Fasc/Mes 3,) 1995.
— *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
— «Unrecht und Schuld im Strafrecht», en *Juristische Arbeitsblätter (JA),* 2002.
Maihofer, W., *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953.
Mayer, M., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,* 2.ª ed., Heidelberg, 1923.
Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General* 10.ª ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
— *Introducción a las bases del Derecho penal,* 2.ª ed. (reimpresión), BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2003.
Moccia, S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica,* Napoli, 2006.
Morales Prats, F., «Capítulo 6. La antijuridicidad», en Gonzalo Quintero Olivares (dirs.), *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Aranzadi, Pamplona, 1999.
Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial,* 24.ª ed., *revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
— *Introducción al Derecho Penal,* 2.ª ed., BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2021.
Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
Olaizola Nogales, I., «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», *InDret Penal* (2), 2010.
Otto, H., *Grundkurs Strafrecht - Die einzelnen Delikte,* 6.ª ed. De Gruyter Lehrbuch, Berlín, 2005.
Pérez Barberá, G., «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución», *InDret Penal,* (4) 2014.
Queralt Jiménez, J., «§19 Falsedades (I)», *Derecho Penal español. Parte Especial,* 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
Radbruch, G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem,* Berlin, 1904.
Reyes Alvarado, Y. «Imputabilidad e imputación», *InDret Penal,* (2) 2024.
— «El mito del resultado», *Revista Nuevo Foro Penal,* (9) 2022.

— «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo 45, Fasc/Mes 3, 1992.
— «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal,* 2009.
— «La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», *Revista General de Derecho Penal,* (9) 2008.
— *La imputación objetiva en una concepción valorativa de la teoría del delito,* Atelier, Barcelona, 2026.
Rodríguez Devesa, J. M., y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español. Parte General,* 17.ª ed. Dykinson, Madrid, 1994.
Roxin, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* 2.ª ed., De Gruyter, Berlín, 1973.
Roxin, C., y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2020.
Rueda Soriano, Y., «Artículo 142». En Cuerda Arnau M. (dir.). *Comentarios al Código Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
Sacher, M., (2006), «Systemtheorie und Strafrecht: Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (118), 2006.
Schmidhäuser, E., *Zur Systematik der Verbrechenslehre en Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968.
Schürer-Mohr, W., *Erlaubte Risiken. Grundfragen des «erlaubten Risikos» im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt a. M., 1998.
Tavares, J., «Algunas reflexiones sobre un concepto comunicativo de conducta» en *Dogmática y Ley Penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* Tomo I, José Miguel Zugaldía Espinar/Jacobo López Barja de Quiroga (coords.), Madrid/Barcelona, 2004.
Torío López, A., «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994.
Vives Antón, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1966.
Von Liszt, F., *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe en Strafrechtliche Aufsätze,* Tomo II, 1905.
— *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge,* Tomo II, Berlin, 1905.
Wolter, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem,* Duncker & Humblot, Berlín, 1981.

VIII. JURISPRUDENCIA

Audiencias Provinciales

Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de septiembre de 2016 RES:609/2016 REC:1141/2016 (ECLI: ES: APA:2016:93A).
Audiencia Provincial de Ávila, de 8 de julio de 2022 RES:217/2022 REC:161/2022 (ECLI: ES: APAV:2022:238A).
Audiencia Provincial de Ávila, de 11 de junio de 2025 RES:183/2025 REC:141/2025 (ECLI: ES: APAV:2025:178A).
Audiencia Provincial de Ávila, de 21 de abril de 2022 RES:129/2022 REC:82/2022 (ECLI: ES: APAV:2022:86A).
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21.ª, Auto 603/2022 de 31 Mar. 2022, Rec. 98/2022 [ECLI: ES: APB:2022:2298A].
Audiencia Provincial de Bizkaia, de 10 de mayo de 2024 RES:239/2024 REC:221/2024 (ECLI: ES: APSS:2024:406A).
Audiencia Provincial de Bizkaia, de 16 de mayo de 2024 RES:252/2024 REC:253/2024 (ECLI: ES: APSS:2024:375A).
Audiencia Provincial de Cádiz, de 25 de julio de 2022 RES:173/2022 REC:120/2022 (ECLI: ES: APCA:2022:3024).
Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 15 de enero de 2026 RES:9/2026 REC:118/2025 (ECLI: ES: APCR:2026:26).
Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 5 de febrero de 2007 RES:13/2007 REC:3010/2007 (ECLI: ES: APSS:2007:141A).
Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 30 de octubre de 2019 RES:222/2019 REC:3094/2019 (ECLI: ES: APSS:2019:1016).
Audiencia Provincial de Girona, de 15 de enero de 2018 RES:9/2018 REC:653/2017 (ECLI: ES: APGI:2018:1950).
Audiencia Provincial de Guadalajara, de 20 de marzo de 2026 RES:128/2026 REC:102/2026 (ECLI: ES: APGU:2026:150A).
Audiencia Provincial de Jaén, de 19 de octubre de 2022 RES:195/2022 REC:753/2022 (ECLI: ES: APJ:2022:1230).
Audiencia Provincial de Las Palmas, de 12 de abril de 2016 RES:110/2016 REC:95/2015 (ECLI: ES: APGC:2016:685).
Audiencia Provincial de León, de 21 de febrero de 2019 RES:194/2019 REC:1591/2018 (ECLI: ES: APLE:2019:140A).
Audiencia Provincial de Salamanca, de 1 de abril de 2022 RES:12/2022 REC:32/2021 (ECLI: ES: APSA:2022:66).
Audiencia Provincial de Tenerife, de 16 de junio de 2025 RES:155/2025 REC:32/2025 (ECLI: ES: APTF:2025:732).
Audiencia Provincial de Teruel, de 23 de septiembre de 2020 RES:150/2020 REC:148/2020 (ECLI: ES: APTE:2020:175A).
Audiencia Provincial de Toledo, de 14 de diciembre de 2022 RES:244/2022 REC:34/2022 (ECLI: ES: APTO:2022:1927).

Juzgados de lo Penal

Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia (Juzgado de lo Penal), de 13 de febrero de 2020 RES:41/2020 REC:231/2019 (ECLI: ES: JP:2020:5).
Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia (Juzgado de lo Penal), de 9 de julio de 2014 RES:205/2014 REC:643/2012 (número Sentencia: 205/2014).

Tribunal Supremo

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 30 de noviembre de 2001 RES:2235/2001 REC:2281/2000 (ECLI: ES: TS:2001:9414).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 28 de abril de 2003 RES:625/2003 REC:3418/2001 (número Sentencia: 625/2003).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 11 de diciembre de 2017 RES:805/2017 REC:2019/2016 (ECLI: ES: TS:2017:4867).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 1 de febrero de 2019 RES:44/2019 REC:1275/2018 (ECLI: ES: TS:2019:269).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 6 de abril de 2022 RES:344/2022 REC:794/2020 (ECLI: ES: TS:2022:1492).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 22 de junio de 2022 RES:614/2022 REC:3228/2020 (ECLI: ES: TS:2022:2543).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 22 de junio de 2022 RES:614/2022 REC:3228/2020 (ECLI: ES: TS:2022:2543).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 28 de septiembre de 2023 RES:714/2023 REC:5816/2021 (ECLI: ES: TS:2023:3986).
Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2024 RES:632/2024 REC:2078/2022 (ECLI: ES: TS:2024:3623).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 17 de diciembre de 2025 RES:1037/2025 REC:2439/2023 (ECLI: ES: TS:2025:5984).
Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 7 de octubre de 2024 RES:305/2024 REC:241/2024 (ECLI: ES: TSJCV:2024:4999).
Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 14 de enero de 2026 RES:5/2026 REC:10186/2025 (ECLI: ES: TS:2026:34).

Las necesidades de las víctimas y el populismo penal: los peligros de la instrumentalización de las víctimas en la política criminal

ALBERTO BAIXAULI FERNÁNDEZ
Abogado y Profesor Asociado de Derecho Penal y Criminología
Universidad de Valencia

RESUMEN

La crisis del modelo penal garantista y su incapacidad para hacer frente a las nuevas necesidades de control derivadas de la evolución de la sociedad han facilitado la creación y desarrollo del fenómeno conocido como populismo penal. Este modelo, caracterizado por una utilización más simbólica que efectiva del Derecho penal, utiliza las reivindicaciones de las víctimas, alejadas de las genuinas necesidades de las víctimas recogidas por la Victimología, e instrumentalizadas a través de diversas asociaciones, medios de comunicación y partidos políticos, para generar y expandir, sin sustento empírico alguno, distorsionados debates sociales. Tal hecho supone la mediatización de la Política criminal, incluso –a veces– en contra de los principios esenciales del ius puniendi en un Estado de Derecho, aspectos todos ellos, que son objeto de exposición y crítica en el presente trabajo.

Palabras clave: *derechos de las víctimas; punitivismo; política criminal; reeducación y resocialización; ius puniendi.*

ABSTRACT

The crisis of the garantist criminal law model and its inability to adequately address the emerging demands for social control, prompted by the evolving nature of contemporary society, have paved the way for the emergence and consolidation of the phenomenon commonly referred to as penal populism. This paradigm, marked by a

predominantly symbolic rather than effective deployment of Criminal law, capitalizes on victims' claims–claims often detached from the actual needs identified by Victimology–and instrumentalizes them through various associations, media platforms, and political parties to construct and propagate socially distorted narratives devoid of empirical support. Such dynamics have led to the mediatization of Criminal policy, at times even undermining the fundamental principles underpinning the ius puniendi in a constitutional state governed by the rule of law. These developments constitute the object of analysis and critical reflection in the present study.

Keywords: *victims' rights; punitivism; criminal policy; rehabilitation and reintegration; the State's right to punish.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los intereses de las víctimas del delito.–III. La evolución de los derechos de las víctimas en el derecho internacional. La Directiva 2012/29/UE y su transposición al derecho español mediante la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima.–IV. El populismo penal o punitivismo penal. 4.1 Concepto y caracteres. 4.2 La evidencia empírica del delito y el desarrollo en la legislación penal española: expansión, punitivismo y la utilización del «Derecho penal simbólico».–V. El populismo penal y la voz de las víctimas. 5.1 Las víctimas y el punitivismo. 5.2 Las víctimas y los medios de comunicación. 5.3 Las víctimas, la justicia y los fines de la pena. 5.4 Las asociaciones de víctimas y la utilización política de sus demandas. 5.5 Las víctimas y la política criminal.–VI. Conclusiones y propuestas.–VII. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

Si la criminalidad es un fenómeno social y jurídico, cuya expresión sociológica y política es lo que denominamos comúnmente delincuencia, no es posible alejarla del análisis y estudio serio y científico, como tratamiento previo antes de conocer los alcances del Derecho penal como instrumento de reacción punitiva del Estado, porque en los tiempos actuales de respeto a los derechos y libertades democráticas, el Derecho penal no puede sustraerse de los efectos de aquel fenómeno y de la injerencia política determinativa en la construcción de leyes penales (1).

Como parte de este fenómeno, las víctimas del delito tienen diversas necesidades que deben ver satisfechas antes, durante y después del

(1) Quenta Fernández, J., «El populismo del Derecho Penal (la necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)», *Revista Jurídica Derecho,* vol. 5, núm. 6, Enero-Junio 2017, p. 134.

proceso penal, para conseguir recuperarse de forma integral frente a las consecuencias del delito: necesidad de reconocimiento y de ser tratadas con respeto y dignidad, necesidad de ser protegidas y apoyadas, de acceder a la justicia y obtener una reparación e indemnización efectiva por los daños y perjuicios sufridos (2).

El proceso penal, a lo largo de la historia, ha experimentado profundas transformaciones, pero siempre ha sido una pieza clave para la realización de la justicia (3). En el sistema moderno de Derecho penal, la víctima siempre estuvo en un segundo plano, lo cual no debe entenderse como algo necesariamente negativo. El nacimiento del Derecho penal moderno está precisamente vinculado a la neutralización de la víctima del delito, frente a lo que sucedía en regímenes anteriores en los que el proceso se reducía a la mínima expresión; prácticamente no existía y la víctima era la encargada de impartir justicia («su» justicia), lo que podía conllevar una solución irracional y desproporcionada de los conflictos, en donde lo imperante era el sentimiento de venganza (4). La neutralización de la víctima, entregando a los profesionales del Derecho, a los jueces, el proceso penal, el derecho y el deber de responder a los autores de los delitos, no es más que la consecuencia necesaria de atribuir al Estado moderno, único legitimado para prevenir y castigar el delito, el monopolio del *ius puniendi* y, especialmente, del uso de la violencia, evitando así que las víctimas se tomen la justicia por su mano. Así, cuando el Derecho penal reacciona ante el delito, lo hace para proteger intereses de la sociedad en su conjunto, no los de una particular víctima; de hecho, por eso se coloca el Derecho penal en el Derecho público y no en el Derecho privado (5).

---

(2) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE [COM (2011) 274 final] Bruselas, 18 de mayo de 2011, p. 4.

(3) Un resumen de las distintas fases de la evolución del proceso penal puede consultarse en Beristain Ipiña, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 82-98.

(4) Borja Jiménez, E., *Curso de Política Criminal,* 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 68.

(5) Berdugo Gómez de la Torre, l., *Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»,* Iustel, Madrid, 2018, p. 52; Hassemer, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena,* Traducción de Cancio Meliá, M. y Muñoz Conde, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 218 y ss.; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 11; Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, p. 9.

Este fenómeno, aunque dejara a las víctimas fuera de la construcción teórica del modelo clásico penal, permitió el desarrollo de una racionalidad técnica y también la comprensión de que las penas tienen no apenas una función retributiva, sino también preventiva, centrada en la disuasión de las acciones criminales y resocialización del delincuente (6).

No solo el Derecho penal, también sus disciplinas y ciencias afines abandonaron tradicionalmente a la víctima. La Política Criminal ha tratado tradicionalmente de prevenir el delito centrándose casi en exclusiva en el infractor, y la Criminología clásica se dedicó a la explicación del fenómeno delictivo desde la perspectiva de la persona delincuente. Ya en la segunda mitad del siglo XX, el auge de la Victimología (7) trajo consigo, además de un cambio de paradigma criminológico, un redescubrimiento de la víctima y a partir de ahí, la Criminología, la Política Criminal y todo el sistema legal comenzaron a fijarse en ella (8).

Desde la Victimología se ha denunciado que la situación de la víctima ha sido puramente marginal en el proceso judicial, quedando en gran parte de los casos limitada a participar como testigo en el esclarecimiento de su propia victimización, aunque en este aspecto han existido importantes diferencias entre los diversos sistemas jurídicos (9). La evolución de esta disciplina fue grande y se asienta en el énfasis que va poco a poco alcanzando la necesidad de redescubrir a las víctimas, de incorporarlas en el ámbito penal, tanto material como en el procesal penal, sin que ello deba suponer la contraposición de la

(6) Abi Ackel Torres, H., *El discurso populista en la intervención punitiva: Un análisis político-criminal,* Tesis Doctoral Inédita, Universidad de Sevilla, 2017, p. 338.

(7) La Victimología puede ser definida hoy, en una fórmula de síntesis, como la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimación y desvictimación. Concierne pues a la Victimología el estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimización (primaria, secundaria y terciaria), y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales, tendentes a la reparación y reintegración social de la víctima (Tamarit Sumalla, J. M., «La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en Baca Baldomero, E., Echeburua Odriozola, E., Tamarit Sumalla, J. M. (coords.), *Manual de Victimología,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 17). Una somera evolución de dicha disciplina puede consultarse en: Sempere Faus, S., *La participación de la víctima en el proceso penal y la victimización secundaria,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 33-59.

(8) García-Pablos de Molina, A., *Tratado de Criminología,* 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 109.

(9) Pereda Beltran, N., «La Victimología en el contexto de las ciencias sociales», en Pereda Beltran, N., y Tamarit Sumalla, J. M., *Victimología teórica y aplicada,* Huygens, Barcelona, 2013, p. 21.

víctima y sus derechos con los de los delincuentes (10), todo lo cual ha pretendido alcanzarse durante los últimos años en los distintos sistemas de justicia penal a través de una producción normativa dirigida a mejorar la posición de la víctima en el proceso.

En este sentido, la creciente importancia de la Victimología ha producido efectos positivos en algunos aspectos del proceso penal, sobre todo, en la superación de la visión de la víctima como mero sujeto pasivo y como objeto de indemnización, para abordar y proponer el diseño de instrumentos procesales a través de los que se reconozcan derechos a las víctimas, el respeto a su dignidad, derechos de tipo asistencial que permitan que reciban asistencia jurídica, psicológica, médica o económica, así como la instauración de medidas de protección (11).

Pero es fundamental respetar 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, 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 (12).

Así, el surgimiento del fenómeno conocido como populismo penal, caracterizado, como veremos, por un simbolismo más fuerte que su efectividad, y entre cuyos factores se encuentra la utilización de las reivindicaciones de las víctimas, instrumentalizadas a través de diversas asociaciones, medios de comunicación y partidos políticos, para mediatizar la Política criminal, incluso –a veces– en contra de los principios esenciales del Estado de Derecho, ha supuesto la expansión disfuncional del Derecho penal, comprometiendo su carácter de *ultima ratio* y asumiendo una devaluación o flexibilización de los criterios dogmáticos de imputación y una merma de las garantías penales del delincuente. Este modelo, como analizaremos a lo largo del presente trabajo, supone un riesgo de transformación del Derecho penal en una concepción puramente represiva, impulsada por la pretensión de lograr una mayor certidumbre en el resguardo de derechos e intereses, más allá de lo racionalmente necesario o permitido, convirtién-

(10) Barona Vilar, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 106; Alonso Rimo, A., «La víctima en el sistema de justicia penal I», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., Tamarit Sumalla, J. M. (coords.), *Manual de Victimología*, *op. cit.,* p. 308; Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 9.

(11) Sempere Faus, S., *La participación de la víctima en el proceso penal y la victimización secundaria*, *op. cit.,* p. 68.

(12) Alonso Rimo, A., «La víctima en el sistema de justicia penal I», *op. cit.,* p. 314.

dose en un verdadero instrumento de poder político en relación directa con la atención a las denominadas «demandas populares».

El punitivismo penal contemporáneo utiliza instrumentalmente la defensa de los derechos de las víctimas (redefinidos políticamente como derecho al castigo) para legitimarse ante la opinión pública y esquivar el saber científico. El resultado directo de esta dinámica es una sucesión desordenada de reformas del Código Penal de corte expansivo y regresivo, que debilitan las garantías constitucionales del Estado de Derecho y postergan el mandato de reinserción social en favor de la inocuización y la retribución. Entre estas reformas podemos destacar la incorporación en el Estatuto de la Víctima de facultades de intervención activa a la víctima en el proceso de ejecución penitenciaria (art. 13 LEVD) y que desnaturaliza el fin resocializador de la pena privativa de libertad, pues la determinación de beneficios penitenciarios y progresiones de grado debe preservarse como una competencia exclusiva y técnica del Estado, fundamentada en variables objetivas de comportamiento y reinserción social que no pueden verse desvirtuadas por valoraciones de carácter subjetivo o vindicativo.

Por ello, aunque la tutela de los derechos de las víctimas y la atenuación de la victimización secundaria son objetivos irrenunciables de un sistema penal democrático, esta protección no debe articularse a costa de los derechos constitucionales de los infractores. Pues, en definitiva, una política criminal racional debe potenciar las medidas de asistencia, protección e indemnización civil de las víctimas, sin alterar la naturaleza pública del proceso penal ni permitir que la justicia retroceda hacia modelos medievales de venganza privada legitimada por el Estado.

II. LOS INTERESES DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO

Las consecuencias que el delito ocasiona a la víctima pueden ser muy variables dependiendo de factores sobre el hecho: su intensidad, el carácter inesperado, la percepción que la víctima tenga del mismo, etc. O sobre la víctima: su nivel de vulnerabilidad, la existencia de conflictos pasados (por ejemplo, que ésta ya haya sido victimizada), o actuales (por ejemplo, que tenga problemas familiares), y las estrategias psicológicas de las que disponga para hacerle frente al suceso, así como el apoyo social que reciba (13). No obs-

(13) Echeburúa, E.; De Corral, P., y Amor, P. J., «Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos», *Psicothema*, vol. 14, 2022, p. 141.

tante, lo que suele ser común después del hecho es la aparición de dolor, de miedo, de humillación, de abandono y un sentimiento de injusticia. La sensación de seguridad y la confianza en los demás se rompe. Aparecen dificultades para amar, trabajar y para llevar una vida cotidiana normal (14). Es habitual, especialmente al principio, que surjan deseos de venganza. Aunque es un mecanismo adaptativo negativo no debe impedirse a la víctima que exprese dichos sentimientos. Pero la venganza siempre es excesiva e insaciable, no permite a la víctima avanzar hacia un futuro mejor e impide cicatrizar la herida (15).

La actitud psicológica de victimización se centra en transmitir lástima por la situación padecida, para así poder satisfacer sus deseos de venganza y de reparación por el daño causado. Pero los expertos en desvictimización sugieren que el victimismo puede y se debe superar. Aseguran que el ser humano que ha sufrido un acontecimiento traumático tiene capacidad para enfrentar esa situación, sobreponerse a sus consecuencias e incluso salir fortalecido o transformado. Algunas víctimas, a medida que transcurre cierto tiempo desde el momento del suceso delictivo, transforman los sentimientos negativos en positivos, pues sus metas se centran en volver a recuperar el equilibrio emocional sustraído y superar el trauma. La constatación de que existe una adaptación positiva a una vivencia traumática rompe con este discurso centrado en el daño recibido (16).

Los estudios psicológicos han demostrado que la mayoría de las víctimas no obtienen satisfacción por el mero hecho de ver sufrir a su agresor, por ejemplo, por una desgracia fortuita, sino que lo que aporta satisfacción es que el delincuente sepa que está recibiendo un daño por su comportamiento injusto. Para la víctima es más importante en la acción de venganza el fin de enviar un mensaje al agresor que el hecho de causarle un sufrimiento. Es decir, la venganza no es un fin es sí mismo, sino que busca conseguir un fin superior. El contenido final del mensaje sería, por tanto, del tipo «no vuelvas a hacerlo», y su objetivo consistiría en la modificación de comportamientos a futuro para evitar la repetición de la ofensa (17).

---

(14) Echeburúa, E., y Cruz Sáez, M. S., «De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso», *Revista de Victimología,* núm. 1, 2015, p. 86.

(15) Echeburúa, E., y Cruz Sáez, M. S., «De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso», *op. cit.*, p. 89.

(16) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.,* p. 39.

(17) Gollwitzer, M., y Denzler, M., «What makes revenge sweet: seeing the offender suffer or delivering a message?», *Journal of Experimental Social Psychology,* núm. 45, 2009, p. 843.

En este sentido, el hecho delictivo no es el único que puede provocar daño a la víctima. El daño que surge del delito se denomina victimización primaria, que comprende todos los perjuicios que sufre la víctima por la acción directa o indirecta del delito, pudiendo ser lesiones físicas y/o psicológicas, efectos emocionales o pérdidas económicas. Pero cuando la víctima se relaciona con el sistema penal, pueden producirse también efectos negativos, denominados victimización secundaria (18). Para Varona Martinez (19) esta expresión se refiere al daño, generalmente no intencional, sufrido por las víctimas en su contacto con diferentes agentes, públicos y privados, tras el delito. Incluye el trato dispensado a las víctimas por parte de familiares, vecinos, sociedad, medios de comunicación, instituciones diversas, etc..; y dentro de esas instituciones incluyendo la propia administración de justicia que, en muchas ocasiones, no les da un trato adecuado.

En el orden social, puede verse la estigmatización sufrida muchas veces por quien es víctima, al no recibir por parte de la sociedad una respuesta solidaria, pronta y justa, tratándose de neutralizar el daño sufrido con mera compasión y en muchos casos con desconfianza. Este entorno causa doble victimización y muchas veces marginación y humillación (20).

Según Monterde Ferrer la victimización secundaria es consecuencia de la interacción de la víctima con el complejo aparato jurídico penal del Estado y con frecuencia resulta más negativa que la primaria, al incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial (21). Por tanto, la victimización secundaria afecta al prestigio del propio sistema y a las actitudes de la víctima y terceros respecto al mismo (22). Ciertamente, el hecho de que la víctima y el sistema judicial penal se necesiten mutuamente para cumplir sus objetivos, la víctima para ser reparada y el sistema

(18) Landrove Díaz, G. *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 139.

(19) Varona Martinez, G., *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 134.

(20) Valverde Pujante, P., «Evolución de la Victimología y el derecho victimal en el contexto de la Criminología y los derechos humanos», en Nicolás García, J. N. (dir.) y Carrillo González, C. M. (coord.), *Ciencias Jurídicas. Criminología Victimología*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 218.

(21) Monterde Ferrer, F., «Victimología. Proyecciones asistenciales prácticas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, núm. 15, p. 274; Sempere Faus, S., *La participación de la víctima en el proceso penal y la victimización secundaria*, *op. cit.*, pp. 31 y 149-150.

(22) García-Pablos de Molina, A., *Tratado de Criminología*, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

judicial para encontrar en la víctima la colaboración necesaria para el logro de sus fines, es fuente de insatisfacción generalmente para la víctima, quien reexperimenta en ocasiones una nueva transgresión de sus derechos cuando la policía y las instituciones públicas intervienen con el fin de reparar desde un punto de vista económico, social, e incluso físico y psicológico y no lo consiguen, ya que no encuentran durante el camino la sensibilidad y empatía necesarias para un trato adecuado durante su periplo judicial (23).

La suma de la victimización primaria y secundaria produce lo que llamamos una victimización acumulada que acrecienta la desconfianza de las víctimas en las instituciones y resulta clave para entender por qué no denuncian, colaboran, les es más difícil recuperarse o son más punitivas (24).

En la consideración de la vivencia victimal surge la cuestión de si las víctimas tienen necesidades, intereses, expectativas o inquietudes. Las primeras referencias a la «victimología proactiva» o «victimología de la acción» tienen lugar en la década de los 80, paralelamente al reconocimiento internacional de los derechos de la víctima (25). A partir de entonces, señala Herrera Moreno, pasarían a primer plano cuestiones como «la asistencia post-victimización, la promoción judicial de las víctimas y la agilización de soluciones resarcitorias por el ofensor o compensatorias a cargo del Estado» (26).

De esta manera, durante las últimas décadas y en paralelo al afianzamiento del Estado Social y Democrático de Derecho, la victimología proactiva fija entre sus objetivos el de procurar un mejor entendimiento de los intereses de las víctimas, así como medir la reacción del sistema frente a esas expectativas. No obstante, cuando la doctrina se ha referido a esta cuestión, lo ha hecho habitualmente refiriéndose a las necesidades de las víctimas (27). Así, Bennett prefiere hablar de las expectativas que las víctimas pueden razonablemente mantener respecto del victimario y respecto del Estado o, desde otra

(23) Sempere Faus, S., *La participación de la víctima en el proceso penal y la victimización secundaria*, *op. cit.*, p. 142. Una enumeración de algunas manifestaciones de este tipo de victimización se contiene en esa misma obra (pp. 146-149).

(24) Varona Martinez, G., *op. cit.*, p. 134.

(25) Morillas Fernández, D. L.; Patro Hernández, R. M., y Aguilar Cárceles, M. M., *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2014, pp. 63-65.

(26) Herrera Moreno, M., *La hora de la víctima: compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996, p. 134.

(27) Hernández Moura, B., «Nuevos espacios para la consideración de la víctima y sus intereses en el proceso penal español», *Revista Electrónica de Direito Processal – REDP*, Año 13, vol. 20, 2019, núm. 3, pp. 54 y 55.

perspectiva, de qué obligaciones y/o compromisos mantienen tanto el ofensor como el Estado respecto de la víctima (28).

En este sentido, los intereses de las víctimas variarán no solo en función del delito sufrido, también en base a las características individuales de la víctima y de cuál haya sido la vivencia de victimidad. En Victimología, la denominación «víctimas especialmente vulnerables» hace referencia a aquellos grupos sociales que reúnen unos caracteres propios y comunes, endógenos o exógenos (edad, sexo, personalidad, estado civil…), que los hacen fácilmente victimizables, siendo, por tanto, su índice de victimización mayor que en el resto de individuos. No pueden establecerse unas pautas comunes tendentes a agrupar a un sector social en general, sino que cada delito, al reunir unos caracteres propios, delimitará conforme a su naturaleza y los factores endógenos y exógenos concurrentes, qué personas pueden quedar englobadas como especialmente vulnerables (29).

Consecuentemente, incluso en el marco del proceso penal, los intereses de las víctimas podrán explicarse desde estándares muy diferentes. Así, los intereses que se han señalado de manera más recurrente son aquellos relacionados con la participación en el proceso, apoyo emocional, disponibilidad de espacios de escucha, seguridad personal de la víctima, información sobre el progreso de la causa, asesoramiento, asistencia en el ámbito financiero y la reparación del daño, incluida la orientación sobre el modo de pretender una eventual indemnización o reclamaciones a compañías aseguradoras. También se identifican otro tipo de intereses: garantía de no repetición, reconocimiento de los hechos y del agresor como culpable, evitación de la confrontación visual con el victimario, necesidad de atención y protección, sentimiento de cierre o toma de conciencia por parte del victimario (30).

En relación a la tramitación del proceso penal, según Pemberton (31), las necesidades de las víctimas relacionadas con el proceso pueden dividirse en tres grandes categorías: tratamiento justo y respetuoso, información relacionada con la marcha del proceso y los resultados del mismo y posibilidad de participación en la causa.

---

(28) Bennet C., «Satisfying the Needs and Interests of Victims», en Johnstone, G., Van Ness, D. W., *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, Londres, 2007, p. 248.

(29) Morillas Fernández, D. L.; Patro Hernández, R. M., y Aguilar Cárceles, M. M., *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

(30) Hernández Moura, B., «Nuevos espacios para la consideración de la víctima y sus intereses en el proceso penal español», *op. cit.*, pp. 55 y 56.

(31) Pemberton, A.; Letschert, R., y Staiger, I., *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standard of Justice*, Springer, Netherlands, 2010, pp. 77 y ss.

De ahí que, en los últimos años, y como consecuencia del impulso de la moderna Victimología, se esté produciendo un movimiento de redescubrimiento de la víctima, que pone de manifiesto la necesidad de reconocer el papel protagonista que puede desempeñar aquélla, garantizando la efectiva protección de sus derechos, dentro y fuera del proceso penal (32). Esta nueva tendencia no pretende contraponer los derechos de las víctimas a los derechos del infractor, ni la protección de las víctimas debe conculcar otros fines tradicionales del sistema penal (prevención general o especial del delito), sino adentrarse en un tipo de proceso penal que tutele efectivamente los intereses de las víctimas, a las que debe devolvérseles un renovado protagonismo (33).

Desde esta perspectiva, con el reconocimiento de la víctima estamos asistiendo a un auténtico cambio en la concepción tradicional del proceso penal que está teniendo su reflejo en el plano del Derecho positivo. Dicho proceso evolutivo se ha traducido en importantes manifestaciones normativas que, tanto en el ámbito internacional –especialmente en el ámbito de la Unión Europea–, como en el interno de muchos Estados, está suponiendo la incorporación de una serie de medidas de protección a las víctimas, dirigidas a favorecer su acceso a la justicia y a garantizar el reconocimiento y la efectiva protección integral de sus derechos (34).

La nueva justicia penal se erige así en la actualidad en un instrumento esencial de tutela y protección de las víctimas de toda clase de delitos, dotada no únicamente de medidas tradicionales –penas y medidas de seguridad–, sino que pretende alcanzar la rehabilitación y resocialización del delincuente, y en paralelo, la adecuada reparación y restitución a las víctimas de los delitos, así como favorecer la intervención de la víctima en el proceso penal, incluyendo la fase de ejecución de la pena (35). Sin embargo, no se trata de un camino fácil toda vez que la posición de la víctima del delito es, por definición, una posición parcial y poco favorable a la racionalidad, constituyendo, como veremos,

(32) *Vid*. García-Pablos de Molina, A., «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada "victimización terciaria" (el penado como víctima del sistema legal)», *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, núm. 15, 1993, pp. 1-17.

(33) Chozas Alonso, J. M., «El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», en Chozas Alonso, J. M. (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 195.

(34) Chozas Alonso, J. M., «El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», *op. cit.*, p. 195; Hernández Moura, B., «Nuevos espacios para la consideración de la víctima y sus intereses en el proceso penal español», *op. cit.*, p. 52.

(35) Laguna Pontanilla, G., *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 84.

un riesgo para la expansión y endurecimiento del Derecho penal respecto de los delincuentes que surge como consecuencia del desarrollo del fenómeno conocido como populismo punitivo. Este momento histórico actual, calificado por Morales Prats como una suerte de «Nueva Edad Media» se caracterizaría por el acrecentamiento en la sociedad de los deseos irracionales de venganza y la dificultad de definir modelos racionales y ambiciosos que expresen sintéticamente los postulados de la sociedad y de defender el Derecho penal liberal (36).

III. LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL. LA DIRECTIVA 2012/29/UE Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL MEDIANTE LA LEY 4/2015 DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA

Siguiendo el ejemplo de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia de las víctimas de delitos y del abuso de poder aprobada en el año 1985 por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, tanto en el ámbito del Consejo de Europa (37) como posteriormente en la Unión Europea (UE), comienzan a surgir iniciativas en favor de la tutela de la víctima.

En el ámbito de la UE, el primer hito reseñable consistió en la aprobación de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (38), que tenía por objeto que los Estados miembros aproximaran sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren.

Fruto del interés de garantizar a las víctimas la obtención de una indemnización adecuada de los daños y perjuicios sufridos por el

(36) Morales Prats, F., «Crítica del populismo punitivo: por una justicia penal impopular», en VVAA (coords.), Las garantías penales*: un homenaje a Javier Boix Reig*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 352 y 355.

(37) Entre las que destacan: la Resolución núm. Res (77) 27, sobre indemnización de las víctimas del delito, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977; la Recomendación (85) 11 de 28 de junio de 1985 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, en el que se recoge un listado de derechos básicos de la víctima; y la Recomendación (87) 21 de 17 de septiembre de 1987, adoptada asimismo por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, esta vez sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

(38) Publicada en L 82/1 de 22 de marzo de 2001.

delito se adoptó la actual Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos. Del mismo modo y producto de la preocupación por el acceso a la justicia y los derechos de las víctimas en el proceso penal y tras distintas Resoluciones del Parlamento Europeo (39), se aprobó –con carácter general– la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (40), por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo y se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, con el fin de homogeneizar los derechos procesales de las víctimas en los procesos penales que se tramiten en la UE.

Esta norma establece que los derechos reconocidos en la Directiva tienen el carácter de mínimos, por lo que los Estados miembros pueden ampliar los derechos establecidos en la misma con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección (41). Además constituye un avance en la medida en que las disposiciones de esta Directiva tratan tanto de proteger a las víctimas en el curso del proceso penal, como el aportar soluciones tendentes a evitar la llamada «victimización secundaria», especialmente en determinados delitos, como la trata de seres humanos, terrorismo, delincuencia organizada, violencia en el marco de las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores víctimas de delito (42). Para ello acoge medidas de asistencia a la víctima que van encaminadas a paliar los efectos del delito tras dicho proceso, según las necesidades de la víctima y los derechos establecidos en dicha Directiva (43).

La necesidad de transponer la Directiva 2012/29/UE al derecho interno español fructificó con la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (44) (en adelante LEVD) que, superando la amplitud y profundidad de la existente normativa

(39) Entre otras, la Resolución de 10 de junio de 2011 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas; la Resolución de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; o la Resolución de 5 de abril de 2011 sobre prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión para combatir la violencia contra las mujeres.

(40) Publicada en DOUE L 315/57 de 14 de noviembre de 2012.

(41) Considerando (11) de la Directiva 2012/29/UE.

(42) Chozas Alonso, J. M., «El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», *op. cit.*, p. 204.

(43) Llorente Sánchez-Arjona, M., «Las víctimas en el espacio judicial europeo: Estudio de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012», *Revista de Estudios de la Justicia,* núm. 22, 2015, p. 129.

(44) BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015. Dicha norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley del

anterior, codifica de modo extenso los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas del delito (45). El régimen jurídico instituido tiene por objeto ofrecer a las víctimas una protección integral, de carácter moral y material, así como evitar cualquier riesgo de victimización secundaria, y vincula a todas las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos, pero también a todos los colectivos de profesionales e incluso de víctimas, así como a las personas concretas que, desde su puesto de trabajo, se relacionen con las mismas y, en último término, al conjunto de la sociedad (46).

No obstante lo anterior, gran parte de las normas mínimas que establece la Directiva de 2012, transpuesta a través de la aprobación del Estatuto de la Víctima (EVD), ya formaban parte del ordenamiento jurídico español. Es cierto que tradicionalmente se ha venido entendiendo el proceso penal desde la perspectiva de defensa de los intereses de la sociedad y de las garantías del imputado, hoy investigado, en el que el MF suplantaba totalmente a la víctima, ejerciendo el *ius puniendi* en nombre del Estado y conforme al principio de legalidad. Pero la realidad es que hace tiempo que se ha venido reconociendo, tanto en la dogmática como de forma fragmentaria en los diferentes textos legislativos, tanto de ámbito estatal como autonómico (aunque la mayoría (47) de las veces desde prismas sectoriales o para colectivos concretos (48)), que la víctima y los perjudicados por el delito

---

Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2015).

(45) Y que ha sido completada posteriormente por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

(46) Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo, J. A., «Análisis crítico del estatuto de la víctima del delito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 40, Octubre 2015, p. 2.

(47) Una excepción a ello podría ser la regulación tuitiva de las víctimas introducida por la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

(48) A este respecto podemos destacar entre las de ámbito estatal: la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada reglamentariamente a través del RD 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual); Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo (modificada por la Ley 2/2003, de 12 de marzo); el RD 1912/1999, de 17 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las Víctimas del Terrorismo; el RD 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas del terrorismo; RD 199/2006, de 17 de febrero, por el que se modifica el Reglamento de ayudas y

deben tener derecho a una participación activa en el proceso penal, a fin de hacer efectivos en él sus intereses legítimos.

En este sentido la LEVD tiene la vocación de constituir norma material de aplicación general para la protección de todas las víctimas, completado con las previsiones procesales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), que la propia Ley que aprueba el EVD reforma para adaptarla al nuevo marco legal. Ahora bien, la aprobación del EVD no logra reducir la dispersión legislativa porque no queda nada claro exactamente qué preceptos de las diferentes leyes protectoras anteriormente referidas quedan vigentes y deben o no aplicarse o ser sustituidos por los de la nueva Ley, ya que todas aquellas normas existentes, de rango igual o inferior, que no contradigan lo dispuesto en esta continuarán vigentes (Disposición Derogatoria Única de la LEVD) (49).

---

asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por RD 738/1997, de 23 de mayo; el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, aprobado por RD 1912/1999, de 17 de diciembre, y el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas del terrorismo, aprobado por RD 288/2003, de 7 de marzo; y la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral de las Víctimas del terrorismo, y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por RD 671/2013, de 6 de septiembre. También, la Ley Orgánica 1/2002, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

(49) Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo, J. A., «Análisis crítico del estatuto de la víctima del delito», *op. cit.*, p. 3; De Hoyos Sancho, M. «Víctimas del delito y acción penal», en De Hoyos Sancho, M. (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 96. En este sentido, tras la entrada en vigor de la LEVD, actualmente existen cuatro categorías o niveles de protección para las víctimas de delitos en España: una protección común u ordinaria de las víctimas de cualquier delito, dispensada fundamentalmente a través de la LECrim y de la LEVD; una protección específica para las víctimas del terrorismo, una protección específica para las víctimas de la violencia doméstica; y una protección exclusiva «ultra reforzada» para las mujeres víctimas de violencia de género. Así respecto de las víctimas del terrorismo, hay autores, como Alba Figuero, que consideran que les asiste un derecho a la información más amplio que el de la víctima de cualquier otro delito, pues mientras esta última tendrá derecho a ser notificada de las resoluciones que en fase de ejecución se contemplan en el citado artículo 13 LEVD, la víctima del terrorismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 apartado quinto de la Ley 29/2011 y del artículo 33.2 i) de su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1109/2015, tendrá derecho a conocer «todo lo relativo a la ejecución penitenciaria», pues se establece en dichas normas la obligación de la Oficina de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional de entablar cauces de información acerca de «todo lo relacionado con la ejecución penitenciaria hasta el momento del cumplimiento íntegro de las penas» (Alba Figuero, M. C., «Derechos, facultades y posibilidades jurídicas de la víctima del terrorismo en el actual marco del proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2208, Mayo 2018, p. 21).

Dentro de los derechos de participación de las víctimas en el proceso penal destaca –por su novedad y también por la polémica que ha generado– la intervención de la víctima en la ejecución penitenciaria contenida en el artículo 13 LEVD. Pues existe un acuerdo general en la doctrina en que la LEVD ha ido más allá de lo exigido en la Directiva, pues las cuestiones de ejecución y cumplimiento de la pena son ajenas a dicha norma (50). De hecho, únicamente encontramos una referencia indirecta en el artículo 6 de la Directiva 2012/29/EU, dentro del derecho a recibir información sobre la causa, en sus apartados 5.º y 6.º En los cuales se establece que los estados miembros deberán garantizar que se brinde a las víctimas la oportunidad de que se les notifique, sin retrasos innecesarios, el hecho de que la persona privada de libertad, inculpada o condenada por las infracciones penales que les afecten haya sido puesta en libertad o se haya fugado, así como de cualquier medida pertinente tomada para su protección en caso de puesta en libertad o de fuga del infractor. Y ambas notificaciones deberán efectuarse al menos en los casos en que haya un peligro o riesgo concreto de daño para las víctimas, y a no ser que exista un riesgo concreto de daño para el infractor que pudiera resultar de la notificación (51). Lo cual ha llevado a que se afirme que más que un derecho de participación en sentido estricto, lo que el legislador europeo configura es «simplemente» un deber de información

(50) Ver, Manzanares Samaniego, J. L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario La Ley*, núm. 8351, 10 de julio de 2014, p. 11; Gómez Colomer, J. L., *Estatuto Jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas que se avecinan*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 349; Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo, J. A., «Análisis crítico del estatuto de la víctima del delito», *op. cit.*, p. 12; García Rodríguez, M. J., «El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 18, 2016, p. 51; Arangüena Fanego, C., «De nuevo sobre la participación de la víctima en la ejecución penal», *op. cit.*, p. 308; Salinero Alonso, C., «Víctimas del terrorismo y su participación en la ejecución de la pena», *Revista Penal*, núm. 42, Julio 2018, pp. 191 y 192; Tamarit Sumalla, J. M., «Los derechos de las víctimas», en Tamarit Sumalla, J. M., Villacampa Estiarte, C., Serrano Masip, M., (coords.) *El Estatuto de las víctimas de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 48 y 56; Chozas Alonso, J. M., «El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», *op. cit.*, p. 238; De Paúl Velasco, J. M., «Algunas observaciones sobre la intervención de las víctimas en la ejecución penitenciaria», *curso CEJ*, abril 2015, p. 2; Plasencia Rodriguez, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, núm. 8683, 18 de enero de 2016, pp. 3 y 4; Hernández Moura, B., *La víctima como elemento esencial en la comprensión del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 352.

(51) Asimismo, en el Considerando 33 de la citada directiva se determina la posibilidad de informar a la víctima «de todo derecho a recurrir contra una decisión de puesta en libertad del infractor, si tal derecho existe en la legislación nacional».

para con las víctimas que debieran poder acceder a información relacionada con determinados hitos en la ejecución de la pena (52).

De hecho, en España, en el ámbito penitenciario del cumplimiento de la condena la víctima nunca había tenido presencia, pues la finalidad resocializadora atribuida a la pena privativa de libertad en el artículo 25. 2 CE va a determinar, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre (LOGP) y su consiguiente desarrollo reglamentario (53), un nuevo sistema de ejecución penal denominado de «individualización científica» en el que todas las decisiones que se toman tienen como único destinatario al penado, lo que conlleva dejar en un segundo plano el delito cometido y el daño ocasionado a la víctima y primar, casi con exclusividad, la idea de reeducación y reinserción del sujeto autor del delito sobre los intereses propios, parciales, pero evidentemente legítimos de la víctima, que pueden llegar a ser vindicativos (54).

Desde esta óptica, la intervención de las víctimas en la ejecución penal, además de no constituir una cuestión procesal sino vinculada al cumplimiento y ejecución de la condena, carecía de desarrollo en los principales textos normativos que componen nuestro haber jurídico en esta materia, a saber, la LECrim, el CP o la LOGP (55). No obstante lo anterior, desde hace bastante tiempo (56) hemos venido asistiendo a

---

(52) Arangüena Fanego, C., «Participación de la víctima en la ejecución penal», *op. cit.*, p. 203 y ss.

(53) Fundamentalmente, el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, sustituido parcialmente por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante RP).

(54) Mir Puig, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad,* 4.ª ed., Atelier, Madrid, 2018, p. 166; Nistal Burón, J., «La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario», *Diario La Ley*, núm. 8555, 5 de junio de 2015, p. 2.

(55) Manzanares Samaniego, J. L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *op. cit.*, p. 11.

(56) En primer lugar, a través de la LO 7/2003, de reforma del CP, que exige al infractor el pago de la responsabilidad civil para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, además de la reparación moral –petición de perdón– para acceder a los citados «beneficios penitenciarios» en los supuestos de terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Asimismo, incorpora el requisito de que la víctima, en tanto se encuentre constituida como parte en el proceso, sea oída en los incidentes que dan lugar a las resoluciones en que el Juez de Vigilancia Penitenciaria alce el periodo de seguridad previsto en el artículo 36. 2 último párrafo del CP, en las que se acuerde el régimen general de cumplimiento del artículo 78. 2 CP y en las que conceda la libertad condicional por haber extinguido el condenado las 2/3 partes de la condena. En todos estos casos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe oír al MF, a Instituciones Penitenciarias y a «las demás partes». Un paso más da la LO 5/2010, de 23 de diciembre, en este caso para las medidas de seguridad, al prever en el artículo 98 CP el requisito de que el Juez o Tribunal sentenciador oiga «a las demás

una indudable potenciación del papel de las víctimas que ha tenido su reflejo en decisiones político-criminales que a su vez se han visto traducidas en reformas del CP, en algunos casos, cuando menos, cuestionables desde la perspectiva de la vigencia de los principios y garantías que limitan la potestad sancionadora del Estado (57).

En la LEVD, entre las facultades reconocidas a las víctimas se encuentra la participación pasiva de la víctima (art. 7. 1 en relación con el art. 13 LEVD), con independencia de que estuvieran o no personadas en la causa, consistente en el derecho a ser informada de decisiones de la Administración Penitenciaria o de los juzgados que afecten a su seguridad. Además, una participación activa directa de la víctima (art. 13. 1 y 3 LEVD), a través de la posibilidad de formular alegaciones antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenga que dictar una serie de resoluciones, y asimismo, la posibilidad de impugnarlas (58). Y finalmente, una participación activa indirecta de la víctima (art. 13. 2 LEVD), al permitirle interesar que se impongan al liberado condicional, las medidas o reglas de conducta 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.

A resultas de lo anterior, se señalan por parte de la doctrina, como efectos negativos que podría producir la legitimación activa, el posible aumento del número de denegaciones de beneficios y liberaciones

---

partes» cuando tenga que decidir sobre la modificación de la medida; y. además, por primera vez, determina que «Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto».

(57) 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)», *Revista del Instituto de Ciencias Penales - RICP*, vol. 5, 2020, p. 193.

(58) Las resoluciones que pueden ser recurridas son las siguientes: a) el auto por el que el JVP autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo 3.º del artículo 36. 2 CP, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera por alguno de los delitos enumerados en dicho precepto (art. 13. 1 a) LEVD; b) el auto por el que el JVP acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78. 3 CP, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1.º del artículo 13 LEVD o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal; y c) el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36. 2 CP o de alguno de los delitos a que se refiere enumerados en la letra a) del apartado 1.º del artículo 13 LEVD, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

condicionales (59) de los penados y el endurecimiento de las condiciones para su concesión (60); pues la víctima puede oponerse a la concesión de permisos, o a la concesión del beneficio del tercer grado, o de la libertad provisional del condenado que solicite alguno de estos beneficios penitenciarios, y que está en pleno proceso de reinserción, pudiendo concurrir lógicos motivos de venganza u otros motivos espurios en su decisión, razones por las que este derecho de las víctimas a intervenir e influir decisivamente en resoluciones relativas a la ejecución de la pena –y que ya controlaba *ex lege* el MF– podrían eventualmente generar un uso inadecuado o incluso antisocial del mismo, que debería ser sometido a revisión (61).

Por ello y dado que el preámbulo de la LEVD justifica muy sucinta y vagamente la introducción de las facultades de intervención de las víctimas en la ejecución penal, aduciendo que esa intervención «garantiza la confianza y la colaboración de las víctimas con la justicia penal», se ha sospechado –legítimamente, en nuestra opinión– que la verdadera razón de la medida no se otra que la de dar una satisfacción simbólica a determinadas asociaciones de víctimas, avanzar un paso más en el fenómeno conocido como populismo punitivo, a remolque de la presión de parte de la opinión pública, e incrementar la presión retribucionista sobre los órganos de la subjurisdicción penitenciaria (62).

IV. EL POPULISMO PENAL O PUNITIVISMO PENAL

Cuando se considera desde una perspectiva histórica el fenómeno del populismo punitivo, denominación que arrastra un claro tono

(59) 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; Tamarit Sumalla, J. F., «Los derechos de las víctimas», *op. cit.*, p. 56.

(60) Nistal Burón, J., «La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario», *op. cit.*, p. 7.

(61) Laguna Pontanilla, G., Claves prácticas de los procesos por violencia de género, *op. cit.*, p. 114.

(62) De Paúl Velasco, J. M., «Algunas observaciones sobre la intervención de las víctimas en la ejecución penitenciaria», *op. cit.*, p. 4. Una completa exposición de los problemas de aplicación de las facultades de la víctima en el ámbito de la ejecución penitenciaria derivados de la deficiente técnica legislativa empleada, con especial referencia a su incidencia con la resocialización del delincuente, puede consultarse en Baixauli Fernández, A., «Las disfunciones de las facultades de intervención de la víctima en la ejecución penal: especial referencia al conflicto con la resocialización del delincuente», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 49, 2026, pp. 1-55.

peyorativo, se puede apreciar que éste se refiere directamente a las tensiones ideológicas que surgen de dos concepciones enfrentadas del delito y las penas. A grandes rasgos, ambas nociones de justicia reflejan ideas contrapuestas sobre la concepción del delincuente, las causas del delito, así como de las fórmulas para combatirlo. Por una parte, las posiciones tradicionales que proponen un castigo ejemplar entran en colisión con otros planteamientos ideológicos que aspiran a la reeducación del delincuente, proponiendo un tratamiento resocializador para ellos. Es sobre dicho conflicto donde se sustenta el populismo punitivo. En una sociedad cuyo ideal de justicia es el castigo y la punición (lapidación, amputación de miembros, prisión perpetua, pena de muerte, tortura, crímenes de honor, etc.) y que utiliza la dureza del castigo tanto para desmotivar a los delincuentes como para compensar a las víctimas, no cabe el populismo punitivo, dado que ya lo punitivo es la piedra angular de su sistema. En esta concepción punitiva del delito, el individuo es responsable de sus actos y cometiendo un crimen desafía el orden establecido, por lo que debe caer sobre él todo el peso de la ley. En definitiva, allí donde actúa una justicia retributiva no tiene cabida el populismo punitivo, dado que ya es punitiva de por sí (63).

Por tanto, el populismo punitivo tiene cabida como fenómeno social en una sociedad donde la justicia está inspirada en la rehabilitación. En ese sentido, al menos formalmente, la mayoría de los países occidentales desarrollados toman como doctrina los postulados de la justicia restaurativa y entre ellos el nuestro, en cuyo artículo 25. 2 CE establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

4.1 **Concepto y caracteres**

En la actualidad hay un amplio consenso sobre que en la política criminal española se ha establecido el fenómeno denominado populismo penal, populismo punitivo o punitivismo penal (64), a raíz

(63) Alaminos-Fernández, P., «Las bases culturales del punitivismo en España», *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 19, núm. 1, 2024, pp. 18 y 19.

(64) Entre otros, Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 1-34; Gracia Martín, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo"», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-43; Tamarit Sumalla, J., «Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, pp. 1-40; Larrauri Pijoan, E., «La economía política del castigo», *Revista Electrónica de*

sobre todo de la sensación colectiva de inseguridad que ha generado el terrorismo islámico desde el 11S (65). Esta tendencia no es exclusiva de España, pues la política criminal de los países occidentales vive desde los años ochenta del siglo XX un endurecimiento constante que contrasta con unas tasas de criminalidad estables o en descenso (66). El populismo punitivo surge unido a la aparición de lo que Garland (67) denomina la «nueva cultura del control», donde expone cómo se pasa de un modelo resocializador a un modelo punitivo. Entre los indicadores que, según el autor, caracterizan este cambio se destaca el retorno de la víctima, donde el otorgamiento de más derechos a ésta supone una limitación de los que se ofrecen a los delincuentes.

El populismo punitivo fue acuñado por Bottoms (68) para conceptualizar el uso del derecho penal que realizan los gobernantes con el fin de obtener ganancias electorales, asumiendo política y acríticamente que el agravamiento e incremento de las penas reducirán el delito y salvaguardarán el consenso moral existente en la sociedad. En este contexto, según Garland (69), la figura simbólica de la víctima ha adquirido vida propia y tiene un papel clave en el argumento de la política criminal. Ésta ya no se presenta como una persona desafortunada ni sus preocupaciones se recogen dentro del interés público, sino que se ha convertido en una representante cuya experiencia es común y colectiva en lugar de individual y atípica. Esto sucede especialmente en los delitos violentos.

El populismo punitivo surgió en un determinado contexto histórico, social y económico como respuesta política (desde parámetros neoliberales-conservadores) a las transformaciones socioeconómicas del último tercio del siglo XX, produciéndose un cambio de paradigma y de modelo, pasando de criterios resocializadores a incapacitado-

---

Ciencia Penal y Criminología, núm. 11, 2009, pp. 1-22; González Sánchez, I., «Aumento de presos y Código penal. Una explicación insuficiente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 13, 2011, pp. 1-22.

(65) Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *Revista Penal*, núm. 40, Julio 2017, p. 195.

(66) Castaño Tierno, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», Estudios Penales y Criminológicos, núm. 34, 2014, pp. 563 y 564.

(67) Garland, D., *The culture of control: crimen and social order in contemporary society,* Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 167-192.

(68) Bottoms, A., «The philosophy and politics of punishment and sentencing», en Clarkson, C., Morgan, R., *The politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 40.

(69) Garland, D., *The culture of control: crimen and social order in contemporary society, op. cit.*, p. 144.

res (70), lo que ha llevado a algunos autores a calificar dicha evolución del Derecho Penal recurriendo al concepto de «Derecho penal del enemigo» (71) y otros lo han denominado «modelo penal de seguridad ciudadana» (72).

Como dijo Larrauri Pijoan (73), en tiempos en que la globalización conlleva que el Estado tenga pocos ámbitos relevantes en los cuales atribuirse el bienestar de sus ciudadanos, el discurso punitivo permite legitimar al Estado. En este sentido podemos resumir el populismo punitivo como la utilización política transversal del Derecho penal para dar respuesta inmediata a determinadas problemáticas sociales de gran repercusión mediática. Así, los decisores políticos se hacen eco de las demandas de endurecimiento de las penas por parte de las víctimas (retribución) o de los sectores sociales que empatizan con éstas. Al producirse una situación de alarma social y pánico moral ante unos singulares sucesos criminales, focalizados y magnificados por los medios de comunicación de masas y de gran incidencia social, determinados decisores políticos utilizan demagógicamente el derecho penal buscando réditos electorales y eludiendo el análisis de los factores estructurales y sistémicos que subyacen en todo acto criminal individual (74).

Pero el objetivo prioritario del populismo punitivo no es político criminal, sino que es siempre la búsqueda de apoyo electoral a la formación política que lo promueve, en orden a la consecución o la conservación del poder político. Para ello transmiten a los votantes que solo ellos, a través del poder legislativo, son los que han de decidir lo que se debe hacer con los delincuentes. Por ello, si la mayoría parlamentaria lo decide, cualquier cambio normativo habrá de ser aplaudido, aunque suponga la cancelación de valores consagrados a los que

(70) Antón-Mellón, J.; Álvarez, G., y Rothstein, P. A., «Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 43, Marzo 2017, p. 5; ver Larrauri Pijoan, E., «La economía política del castigo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009, pp. 1-22.

(71) Ver Jakobs, G., «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en Jakobs, G., y Cancio Meliá, M., Derecho *penal del enemigo,* Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-55.

(72) Por todos, Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 1-34.

(73) Larrauri Pijoan, E., «Populismo punitivo… y cómo resistirlo», *Jueces Para la Democracia*, núm. 55, 2006, p. 16.

(74) Antón-Mellón, J.; Álvarez, G., y Rothstein, P. A., «Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas», *op. cit.*, p. 7; Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, p. 144.

se llama despectivamente «Derecho penal liberal», pues el populismo punitivo solo pretende aumentar el control social mediante la represión, pues solo ésta garantiza el «orden social» (75).

Este movimiento constituye una moderna tendencia o moda que proviene de la influencia que la política criminal norteamericana ha tenido sobre las políticas criminales europeas en las últimas décadas y que ha alejado a éstas de las influencias teóricas que buscaban otros medios alternativos al mero aumento cuantitativo para tratar optimizar el rendimiento de los recursos punitivos estatales (76).

En la prevención de futuros delitos el Derecho penal asume una función promocional de los valores sociales ya vigentes y de aquellos que están en formación y sanciona modelos de comportamiento indeseados (ya que atentan contra intereses que previamente han sido considerado valiosos). Con ello persigue lograr una reacción positiva hacia lo recogido por la norma penal (interiorización de la norma y la concepción social que posee) que genere a su vez una actitud de respeto frente a determinados valores (77). No obstante, no toda promoción de valores por la intervención penal está justificada. Así, en algunos casos el Derecho penal ejerce meramente una función simbólica (supuestos a los que posteriormente nos referiremos), pero en otros, el reforzamiento de los valores vigentes o la promoción de otros en proceso de consolidación no puede llevarse a cabo por la vía penal a través de tipos que infringen el principio de ofensividad (cuando hay bien jurídico, pero no se tipifica un ataque de entidad suficiente) o el principio de intervención mínima (78) (de modo que la actividad penal usurpa el papel que tendrían que desarrollar otros mecanismos de intervención social menos lesivos: políticas sociales, económicas) (79).

Nos estamos refiriendo ahora a los modelos de intervención penal autolimitada denominada «Derecho penal mínimo» cuya crisis, junto con el llamado modelo resocializador, constituye una de las causas

---

(75) Quintero Olivares, G., «Populismo punitivo y ciencia penal», en Pérez Manzano, M. (coord.) *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid, 2020, pp. 310 a 312.

(76) García España, E., y Díez Ripollés, J. L., *Realidad y políticas penitenciarias*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga, 2012, pp. 35 y ss.

(77) Díez Ripollés, J. L., «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 103, 2002, pp. 63 y ss.; Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11.ª ed., Valencia, 2022, pp. 65 y 66.

(78) Díez Ripollés, J. L., «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *op. cit.*, pp. 81 y ss.

(79) Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

principales del nacimiento del populismo punitivo. Ambos tienen bases de racionalidad lógica que exigen una toma de decisiones racionales cuando se construyen leyes penales, modelos penales que exigen fundamentos, estudios y argumentos criminológicos, como mecanismos de racionalidad de la ley, que no solo vean aspectos de técnica legislativa en la construcción de tipos penales (80).

Los primeros, son modelos basados en la atribución de una eficacia limitada a la norma y la sanción penales; la deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia; que defiende la existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales (entre otros, la humanidad de las sanciones, la proporcionalidad de la pena, el fin de la pena reintegrador en la sociedad del delincuente..); y que estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del estado punitivo. La crisis de estos modelos procede de su incapacidad para amoldarse a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal, dirigida a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales (81).

En ese sentido, conviene recordar como Carbonell Mateu (82) señalaba que la Constitución es la norma que define y escoge los valores. Por eso no solamente delimita el campo de acción del Derecho penal, sino que además fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos. Esa relación indisoluble que existe entre la Constitución y el Derecho penal a la hora de establecer cánones preceptivos para regular el poder normativo en la construcción jurídica de los delitos y las penas, es lo que nos permite hablar del fenómeno de la constitucionalización del Derecho penal (83).

Por su parte, el «modelo resocializador», implantado durante los años 60 y 70 del siglo XX contundentemente en ciertos países anglosajones, de modo especial en Estados Unidos y Gran Bretaña, así como en los países escandinavos, tiene como pauta de actuación la búsqueda de la reintegración en la sociedad del delincuente, objetivo al que han de acomodarse todos los demás. Este objetivo había permitido reformas humanitarias del Derecho penal que intentaban mitigar la desocialización y disminuir el carácter segregador de la pena. Ello suponía,

---

(80) Quenta Fernández, J., «El populismo del Derecho Penal (la necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)», *op. cit.*, p. 145.

(81) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 2-3 y 22.

(82) Carbonell Mateu, J. C., *Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales,* 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 84.

(83) Quenta Fernández, J., «El populismo del Derecho Penal (la necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)», *op. cit.*, p. 134.

además, una consideración de las causas sociales de la delincuencia que permitía una cierta comprensión y la opción por una nueva oportunidad social a la integración (84). De este modo, la obtención de ese objetivo resocializador exigía arrinconar ciertas cautelas propias del Derecho penal clásico con la consiguiente pérdida de garantías (*v.gr.* sentencias indeterminadas, principio de legalidad, de libertad ideológica, de proporcionalidad) (85), la pena de prisión es objeto de una valoración ambivalente y el abordaje de la delincuencia se consolida como una tarea de expertos, a los profesionales de la policía y de la jurisdicción, pero sobremanera a un conjunto de profesionales de las ciencias del comportamiento que, a la búsqueda de las vías más eficaces para obtener la reintegración social del delincuente, aportan masivamente sus conocimientos en el momento de la determinación de la pena y, singularmente, durante su ejecución. Sin embargo, este modelo resocializador sufre un generalizado y rápido colapso desde mediados de los años 70 del siglo XX en los países que más se habían involucrado en él, debido a la baja eficacia de las técnicas de tratamiento; la impresión de que el énfasis en la resocialización del delincuente constituía objetivamente una cortina de humo que velaba las responsabilidades de la sociedad en su conjunto, de los sectores sociales más favorecidos de ella y de los propios órganos de control en el surgimiento de la delincuencia o incluso en la definición de lo que podía considerarse como tal; la reavivación de los argumentos propios del modelo garantista que cuestionan la legitimidad de llevar a cabo injerencias tan intensas sobre los derechos y la personalidad del individuo delincuente; y la reivindicación de otros efectos de la pena, como la intimidación al conjunto de la sociedad, o la intimidación o inocuización del delincuente. (86)

Sin embargo, el fracaso de la resocialización no quebrantó la fe de la ciencia penal en planteamientos preventivos a pesar de un clima, ciertamente, propenso para una vuelta al retribucionismo, lo que acaecería más tarde en los países que con más fuerza habían apostado por la resocialización: los países escandinavos y los Estados Unidos (87).

---

(84) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», en Muñoz Conde, F., Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 88.

(85) Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *op. cit.*, p 201.

(86) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 3-5.

(87) Un trabajo sobre el incremento del retribucionismo de la pena de prisión en los Estados Unidos puede leerse en Fernández-Pacheco Estada, C., «Sobre los

A efectos de delimitar correctamente el concepto estudiado, debe distinguirse entre lo que se entiende por punitivismo penal y lo que se ha venido denominando como la «expansión del Derecho penal» (88). Este último fenómeno, que descansa en la denominada «sociedad del riesgo» (89), hace referencia sobre todo a la creciente protección por parte del legislador de intereses supraindividuales que suelen provenir de los nuevos riesgos intrínsecos a la tecnologización exponencial de la vida en la sociedad contemporánea, tan distinta respecto a la de hace décadas, y que ha generado una serie de nuevos «bienes jurídicos» con diferentes texturas respecto de los bienes jurídicos individuales que forman parte de los ámbitos de protección «clásicos» del sistema penal, así como problemas para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas. Finalmente, en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva (90).

Pero el punitivismo penal constituye un fenómeno distinto, que hace referencia al agravamiento punitivo generalizado, al agravamiento de las penas, sobre todo de las privativas de libertad, ya sea

---

peligros del punitivismo. El fenómeno de la encarcelación masiva en Estados unidos», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 1-23.

(88) Una extensa diferenciación entre ambos fenómenos y de la evolución de uno al otro, puede verse en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-37.

(89) El sociólogo Ulrich Beck empleó la expresión «Sociedad del riesgo» (Risikogesellschaft) para reflejar el impacto social de los avances tecnológicos, generando una sensación de inseguridad en los ciudadanos, que propiciaría un aumento en las demandas de seguridad (BECK, U., «De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica», *Revista de Occidente*, núm. 150, 1993, pp. 19 y ss.).

(90) PORTERO HENARES, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *op. cit.*, p. 195; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *op. cit.*, pp. 3 y 4; CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales, op. cit.* p. 210 y ss.; BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 37 y ss.

referido a ese núcleo «clásico» de intereses individuales esenciales como a esos nuevos bienes jurídicos supraindividuales (91).

En el populismo punitivo, el derecho a la acción penal se interpreta como derecho a la pena. Así, cuando se habla de los «derechos de las víctimas», posteriores a su condición de tal y, por tanto, al delito, se los equipara, en realidad, con un hipotético derecho al castigo que según tiene establecido el Tribunal Constitucional, en ningún caso, tiene base constitucional o legal (92). De este modo, se ha producido un avance de la idea de que el castigo penal debe ser entendido como un mecanismo para dar satisfacción a la víctima o incluso como un derecho de ésta. Esta idea ha venido potenciada por el creciente protagonismo de las asociaciones de víctimas en la política criminal y el incremento del peso de los aspectos emocionales en la legislación y la aplicación del Derecho penal. También desde el Derecho internacional, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, muy especialmente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que vienen afirmando la existencia de un derecho de las víctimas a la condena del autor (93), se ha potenciado esta idea. Con lemas como la «lucha contra la impunidad» y la afirmación de los derechos de las víctimas, entre los que se ha situado un derecho a la Justicia, interpretado, con un débil y cuestionable apoyo en los tratados sobre protección de derechos humanos y ninguna reflexión sobre el fundamento y fines del Derecho penal, como derecho al castigo (94).

---

(91) Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *op. cit.*, p. 196. En este sentido, Díez Ripollés habla de que la equiparación a los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías de, entre otros, aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas (Díez Ripollés, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *op. cit.*, p. 11).

(92) Así, la Sentencia del Pleno del TC núm. 115/2001, de 10 de mayo de 2001 (BOE núm. 137, de 8 de junio de 2001, pp. 28-40), recuerda que la pretensión punitiva no obliga al Estado «único titular del ius puniendi» a castigar en todo caso «pues la Constitución no otorga a los ciudadanos un pretendido derecho a obtener condenas penales» (remitiéndose a las SSTC 31/1996,41/1997 y 215/1999, entre otras).

(93) Corcoy Bidasolo, M., «Garantismo frente al populismo y la expansión del derecho penal», en VVAA (coords.), Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 324.

(94) Gil Gil, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *lndret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 4, 2016*,* p. 30. Un extenso estudio sobre estas tendencias puede verse en: Tomás-Valiente Lazuna, C., «El interés de la víctima en el castigo del autor. Algunas reflexiones», en Pozuelo Pérez, L. Rodríguez Horcajo, D. (coords.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, pp. 51 y ss.

En este contexto, las garantías penales, los principios constitucionales del Derecho penal, tienden a verse como un privilegio para el delincuente y no como una garantía para todos frente a posibles excesos de los poderes públicos. Los ciudadanos no se sienten concernidos por esos posibles excesos en la intervención punitiva, pues son decisiones que afectan a «terceros»: los delincuentes, al que identifican como un extranjero, especialmente violento, al que hay que aplicar las penas más severas del ordenamiento jurídico-penal (95). Las reticencias de la opinión pública frente a las garantías penales y procesales se basan en un cuestionamiento general de la universalidad de los derechos: éstos deberían atribuirse sólo a quienes respetan la ley y no son exigibles por quienes la infringen, lo que viene a coincidir con la construcción del «Derecho penal del enemigo». En efecto, cuando se cuestiona que los delincuentes sean titulares de derechos, no sólo se plantea la privación de los mismos para el momento en que sean declarados infractores, sino también para el paso previo en el que están sometidos a un proceso destinado a comprobar su culpabilidad. Así, en puridad, la privación de derechos no se propone sólo para los delincuentes, sino para todo aquél que pueda encontrarse en situación de recibir una imputación penal o, incluso, una mera sospecha. Es decir, en realidad, para todos los ciudadanos (96).

En el plano de la dogmática penal continental, la legitimación teórica de un modelo punitivo de máxima intensidad frente a determinados sectores de la delincuencia proviene del funcionalismo sistémico, desarrollado por el jurista alemán Jakobs, y que articuló en la célebre distinción entre dos esquemas de intervención punitiva: el «Derecho penal del ciudadano» y el «Derecho penal del enemigo». Mientras que el primero se dirige a personas que han cometido una infracción de manera incidental y busca reafirmar de modo comunicativo la vigencia de la norma jurídica lesionada, el segundo opera como una herramienta de combate físico contra aquellos individuos que se han apartado del derecho de manera presumiblemente permanente (97). La base filosófica y sociológica que sustenta este modelo excepcional radica en la necesidad de garantizar la «seguridad cognitiva» de los ciudadanos, pue según dicha teoría, el estatus de «persona» no constituye un atributo natural del individuo, sino un rol normativo que se adquiere y mantiene únicamente cuando el sujeto ofrece garantías

(95) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 91

(96) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, pp. 110 y 111.

(97) Jakobs, G., «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», *op. cit.*, pp. 32 y ss.

cognitivas suficientes de que se comportará conforme a los derechos y deberes que el ordenamiento le impone (98). Por ello, cuando un infractor (como el terrorista, el delincuente organizado o el agresor sexual reincidente) destruye de manera duradera tales expectativas, pierde el derecho a ser tratado como persona por parte del Estado. Pues, en tales circunstancias, el poder público tiene el deber de aislar o inocuizar al sujeto para salvaguardar el derecho a la seguridad de los demás miembros de la sociedad (99).

Con un enfoque similar, Polaino-Orts (100) sostiene que este modelo no representa una quiebra del ordenamiento, sino una técnica jurídica necesaria y preexistente en todos los sistemas penales democráticos modernos para neutralizar fuentes de peligro extremo que amenazan de manera permanente la paz social. La justificación de este tratamiento diferenciado descansa sobre la necesidad de preservar la estructura social cuando las medidas ordinarias del «Derecho penal del ciudadano» –orientadas a maximizar las esferas de libertad individual– resultan manifiestamente estériles frente a la peligrosidad de ciertos infractores que rechazan por principio las normas de convivencia. De este modo proporciona una sofisticada justificación teórica a la demanda de inocuización y contención física del delincuente peligroso, asumiendo el adelantamiento de las barreras de punibilidad no como un abuso de poder, sino como un imperativo lógico de autoprotección del Estado de Derecho.

Por tanto, en muchas cuestiones el populismo punitivo coincide con las ideas del «Derecho penal del enemigo», por ejemplo, en lo que se refiere al adelantamiento de la barrera punitiva, la reducción de las garantías procesales, o en el desprecio al Estado de Derecho y el principio de igualdad. Pero hay características que solo lo son del populismo punitivo, como es el incremento constante del número de infracciones penales o la dureza de las penas (101).

Sin embargo, conviene aclarar que, en nuestra opinión, un sistema penal garantista no desatiende en absoluto a la víctima. De hecho, garantiza a ésta que el condenado por el delito no pueda erigirse, a su vez, en una víctima del sistema. Por lo que, desde este punto de vista,

---

(98) Jakobs, G., «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», *op. cit.*, pp. 38 y ss.

(99) Jakobs, G., «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», *op. cit.*, pp. 40 y ss.

(100) Polaino-Orts, M., «Verdades y mentiras en el Derecho penal del enemigo», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste*, núm. 9, vol. 5, 2011, pp. 417-454. pp. 427 y ss.

(101) Quintero Olivares, G., «Populismo punitivo y ciencia penal», *op. cit.,* p. 311.

es evidente que la supresión de las garantías penales del acusado no se transforma en modo alguno en un mayor alivio o resarcimiento moral para las víctimas del delito (102).

La doctrina ha identificado tres componentes característicos en el discurso populista punitivo y que son asumidos por casi todas las opciones políticas: la transformación del papel asignado a la cárcel de rehabilitadora a exclusivamente represora, abandonando los principios rehabilitadores, garantistas y terapéuticos; la magnificación de la importancia de la opinión de las víctimas, y la politización y el uso electoral del tema de la inseguridad (103). De ellos nos interesa aquí fundamentalmente referirnos al segundo de ellos, es decir, al hecho de colocar el discurso de la víctima y su reivindicación del castigo en primer plano, conforme desarrollaremos en el siguiente epígrafe. En este plano, la relación entre víctima y delincuente ha entrado en un juego de suma cero: cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena, y, en menor medida, lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente (104). De este modo se obvia enfrentar un problema capital, como es, 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 (105).

En cuanto al modelo de política criminal denominado por Díez Ripollés (106) «modelo penal de la seguridad ciudadana», tiene su génesis en una nueva relación que se establece entre individuo y sociedad a la hora de explicar la delincuencia y, sobre todo, a la hora de

(102) Sánchez Baena, G., *Populismo Punitivo*, Deusto, Barcelona, 2020, p. 45.

(103) Antón-Mellón, J., y Anton Carbonell, E., «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)», Revista internacional de pensamiento político, núm. 12, 2017, p. 137; García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 90.

(104) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 10; Abi Ackel Torres, H. *El discurso populista en la intervención punitiva: Un análisis político-criminal, op. cit.*, p. 340; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 94.

(105) Alonso Rimo, A., «La víctima en el sistema de justicia penal I», *op. cit.*, p. 309.

(106) Díez Ripollés, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *op. cit.*, p. 17.

afrontar su prevención y que el autor califica como la ideología de la distribución o reparto de riesgos entre individuo y sociedad. Tal ideología parte del presupuesto de que individuo (entendiendo por tal, en este contexto, a la persona que ha cometido o está en trance de cometer un delito) y sociedad deben compartir de forma razonable los riesgos del delito, sin que haya de ser la comunidad la que termine haciendo todo el esfuerzo en la prevención de la delincuencia. La consecuencia de ese postulado es que la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de reincidencia delictiva, tanto de los procedentes de los delincuentes habituales como de los que con menor intensidad crean asimismo los delincuentes ocasionales y el coste de ese riesgo ha de pasar íntegramente al propio delincuente.

De este modo, la imagen del delincuente se distorsiona, pues ya no es la de una persona con posibles deficiencias en su proceso de socialización, sino la de alguien que voluntaria y arbitrariamente ha decidido autoexcluirse de la sociedad, adoptando entusiastamente el concepto de responsabilidad individual, desprovista de su contexto social (107).

Esta nueva visión tiene efectos en la actitud de la sociedad con respecto a la delincuencia de la cual no se siente responsable, renunciando al análisis sobre las causas estructurales de ésta. Y, en consecuencia, el populismo punitivo aboga, en general, por un endurecimiento de las penas, y en concreto, por la utilización de la pena de prisión como mecanismo primordial para combatir la delincuencia y el fomento de una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que en buena parte se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión de un delito (108). Por ejemplo, mediante la introducción de penas de privación de libertad cuya duración práctica se acerca, en contra de una tradición bisecular en España, a la reclusión de por vida (la prisión permanente revisable), el notable endurecimiento del régimen penitenciario mediante el establecimiento de condiciones más estrictas de acceso al régimen de cumplimiento en tercer grado o a la libertad condicional, el renacimiento de las penas infamantes, como es el caso de la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales, o el aseguramiento de una efectiva persecución de determinados delincuentes mediante el compromiso de

(107) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 89.

(108) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 91; García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 89.

ejercicio de la acción popular por órganos del poder ejecutivo de las comunidades autónomas (109).

De este modo, se abandona o se dificulta el recurso a penas alternativas a la prisión, se recuperan las penas de prisión cortas –otrora desterradas por los efectos criminógenos que producen, alegando un supuesto efecto intimidante– (110), y se elevan las penas, ya de por sí largas, así como el cumplimiento íntegro de las penas de prisión. La orientación de las penas de privación de libertad hacia la reinserción (fruto del modelo penal garantista vigente en España), con los consiguientes posibles beneficios o mejoras en la forma de ejecución de la pena para el condenado, no encuentra ya justificación en la posible responsabilidad social y, por tanto, deja de verse como un derecho del condenado y como un beneficio para la sociedad, para pasar a considerarse un agravio hacia las víctimas y un beneficio injustificado para el delincuente (111).

La recuperación de la prisión no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que siguen considerándose escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos socio-personales de la pena: En primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, y en segundo lugar, los efectos inocuizadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos y sociales vinculados al control de la desviación en sus orígenes mediante las correspondientes transformaciones sociales (112).

Por tanto, las prisiones ya no se ven como centros para la reinserción social; se convierten ahora en meros lugares de inocuización del delincuente porque si algo tienen claro los defensores del populismo punitivo es que la forma más eficaz de evitar que el delin-

---

(109) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 13 y 14; García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 89; Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *op. cit.*, p. 209.

(110) Díez Ripollés, J. L., «El abuso del sistema penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 19, 2017, p. 10.

(111) Garland, D., *The culture of control: crimen and social order in contemporary society, op. cit.*, p. 46; Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 13; Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 146; García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 88.

(112) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 15 y 16; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 91.

cuente reincida es mantenerlo encerrado (113). En este contexto, la prisión debe ser, además, severa con los reos en cuanto al contenido, pues se ha extendido la creencia –a todas luces errónea– de que los presos «viven bien», que disfrutan de «vacaciones pagadas», frente a lo cual se reclama dureza y severidad en las penas, por no decir crueldad (114). Además, abandonar el principio resocializador y ver la prisión simplemente como un depósito de personas tendrá como inevitable consecuencia un aumento desorbitado de la población carcelaria (115).

Sin embargo, goza ya de mucha solidez científica la corriente de estudios que han demostrado que la elevación generalizada de las penas más graves (prisión de larga duración y pena de muerte) no resulta eficaz para combatir los ataques a los bienes jurídicos como la vida o los más graves a la integridad física o los ataques contra la libertad sexual en su vertiente más violenta. Las propuestas sobre la elevación generalizada de las penas privativas de libertad, o de los límites máximos de cumplimiento, suelen provenir de la manipulación de la sensación de seguridad o inseguridad que los responsables de la política criminal derivan a la población en un determinado lugar y en un determinado momento, motivadas por acontecimientos puntuales (un atentado terrorista grave, un caso llamativo de agresión sexual y homicidio) y que conllevan la aceptación por gran parte de la población y la defensa a ultranza por gran parte de los responsables de la política criminal de un planteamiento punitivista concreto (116).

En los últimos años ha aumentado en España, de un modo muy llamativo, la preocupación general por la delincuencia y el miedo a ser víctima de un delito. Tal suceso, propiciado por la influencia de los medios de comunicación, ha convertido al delito en uno de los temas estrella en la agenda social y se solicita, reiteradamente, que

---

(113) Antón Mellón, J.; Álvarez Jiménez, G., y Pérez Rothstein, P. A., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 9, 2015, p. 138; Díez Ripollés, J. L., «El abuso del sistema penal», *op. cit.*, pp. 9 y 10; García Arán, M., «El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 18, abril 2008, p. 43.

(114) Greer, C., Mclaughlin, E., «News Power, Crime and Media Justice», en Liebling, A., Mcara, L., Manura, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology,* 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 209.

(115) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 138.

(116) Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *op. cit.*, p. 209.

las víctimas sean escuchadas políticamente y mano dura con los victimarios (117).

Los medios no suelen ser la fuente generadora de la presión mediática sobre la opinión pública, pues este proceso es generalmente diseñado por otros agentes –conglomerados económicos, lobbies, partidos políticos, universidades y centros de investigación, *think tank*s, etc.–, que son los auténticos conformadores de los modelos ideológicos luego difundidos por medios y redes. De este modo, las noticias sobre delincuencia, en especial sobre la delincuencia callejera, garantizan siempre la atención de los lectores. A ello se añaden campañas mediáticas particularmente intensas en períodos próximos a procesos electorales. Lo que sí puede descartarse con seguridad es que tal actitud ciudadana responda a un importante y efectivo incremento de la tasa de delincuencia en España, que no se ha producido, si atendemos a los datos oficiales disponibles (118).

Los medios se integran en las campañas populistas y punitivistas no solo como instrumentos de difusión y amplificación, sino que asumen también funciones de inducción, presión y convalidación (119). Así, la prensa ha mantenido e incluso incrementado, sobre todo en sus últimas décadas, el porcentaje de historias sobre el delito. La radio y la televisión tampoco han prescindido del crimen como objeto de comunicación: en el ámbito informativo los «sucesos» delictivos han sido un elemento perenne (que posiblemente ha alcanzado su cenit con los programas televisivos dedicados en exclusiva a emitir reportajes sobre delitos ya aclarados u otros pendientes de solución); en su faceta creativa han reservado siempre un espacio a la violencia y al género criminal (ya fueran historias ficticias o reales) (120).

Sin embargo, el protagonismo mediático de este asunto (que sobre todo garantiza la atención de la audiencia) se plasma en una información que, tanto respecto al fenómeno criminal como sobre las propuestas de solución, es inexacta, poco plural y adulterada por los intereses particulares de los medios y de aquellos que los controlan.

---

(117) Antón-Mellón, J.; Álvarez, G., y Rothstein, P. A., «Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas», *op. cit.*, p. 9. Una evolución de las diferentes etapas del populismo punitivo en el sistema penitenciario español puede leerse en ese mismo trabajo (pp. 10-15).

(118) Soto Navarro, S., «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 42.

(119) Terradillos Basoco, J., «Populismo punitivo en los medios: las sinergias mediafare-lawfare», *op. cit.*, p. 1362.

(120) Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 7, 2005, pp. 2 y 3.

Dicho efecto negativo es explicado por Fuentes Osorio (121), en base a los siguientes elementos:

a) Los medios de comunicación presentan una realidad criminal distorsionada. Se sobredimensiona la gravedad y la frecuencia de ciertos acontecimientos al tiempo que otros hechos delictivos cotidianos son condenados al ámbito de lo excepcional. No se limitan a reconocer y presentar el «problema social», sino que realmente construyen y comunican una imagen virtual que no coincide con la real.

b) La constante aparición del fenómeno criminal en los medios, así como la insistencia en sus manifestaciones más violentas, favorecen igualmente la consolidación de esta cuestión en la agenda pública, así como la formación o el refuerzo de una conciencia social y personal de preocupación en torno al delito.

c) Los medios de comunicación no son plurales en lo relativo a la definición del conflicto social y a la presentación de propuestas de intervención: reproducen las imperfecciones del mercado y, así, dan preferencia a las perspectivas de la criminalidad y de la política criminal de los actores que disponen de mayor poder socio-económico e institucional.

d) La constante transmisión de una realidad criminal distorsionada (según los intereses de los medios y de los grupos que consiguen acceder a ellos), como la conversión en noticia de la preocupación individual y social al respecto, influyen en la política legislativa; son factores de presión sobre los agentes políticos, que se ven obligados a reaccionar de forma inmediata y contundente con una ley penal.

El abordaje mediático a la cuestión criminal no solo no puede sustraerse al enfoque populista que preside el análisis de toda la «cuestión social», sino que con gran frecuencia se adhiere al proceso de simplificación argumental característico del populismo. La simplificación argumental encuentra su apoyo más sólido en la posverdad –entendida como la distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales– que inunda la cotidianeidad con innúmeras *fake news* difundidas por redes, webs, bots, y trols (122).

En este contexto de simplificación del tratamiento de la delincuencia, los agentes sociales encargados de la toma de decisiones en el ámbito penal han caído en el descrédito. Las decisiones para abordar la delincuencia y la inseguridad ciudadana han quedado directa-

(121) Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *op. cit.*, pp. 3 y 4.

(122) Terradillos Basoco, J., «Populismo punitivo en los medios: las sinergias mediafare-lawfare», *op. cit.*, p. 1360.

mente en manos de los políticos. Se juegan demasiado para dejarlas en manos de expertos. Se ha ido abandonando la tendencia bien asentada desde hace tiempo de contar con expertos para elaborar y reformar las leyes penales, pues son poco comprensibles al utilizar categorías dogmáticas teóricas y abstractas, reservadas solo a los iniciados y que no interesan a la ciudadanía por estar alejados de la realidad (123). Asimismo, los especialistas insertos en la práctica judicial o de la ejecución de penas también son objeto de crítica general: los jueces son vistos como un colectivo poco fiable, que adopta con frecuencia decisiones alejadas del sentido común, y a los funcionarios de ejecución penal parece sólo preocuparles el bienestar de los delincuentes (124).

Por su parte, también existe desconfianza del ciudadano hacia los representantes políticos, en buena medida, debido al «modus operandi» de aquellos representantes, que son los protagonistas de la degeneración del conflicto endogámico entre los partidos políticos y que ha desencadenado una crisis de representatividad (125).

En contrapartida, la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y pugna por serlo también en la aplicación legal. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano (126).

El derecho de la víctima al castigo es colocado en primer plano en los mensajes mediáticos, hasta el punto de considerarlo predominante sobre los principios constitucionales que informan el Derecho penal. Por ello, aunque la resocialización cuente con un soporte constitucional, ha dejado de tener un amplio respaldo social fruto de la nueva

(123) Quenta Fernández, J., «El populismo del Derecho Penal (la necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)», *op. cit.*, p. 138; Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 10.

(124) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 92

(125) Morales Prats, F., «Crítica del populismo punitivo: por una justicia penal impopular», *op. cit.*, p. 354.

(126) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 10.

visión del delincuente y de la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana (127).

El proceso por el que discurre la actuación de los operadores políticos para encajarla en el populismo punitivo lo ha descrito Pozuelo Pérez (128) del siguiente modo. En primer lugar, los operadores políticos introducen en el debate político una alerta en relación con un supuesto aumento de la delincuencia, algo para lo que evitarán usar la evidencia científica existente, que seguramente no les apoye. En segundo lugar, entran en escena los medios de comunicación, que se convierten en elemento esencial del populismo punitivo, pues ellos se hacen eco de la alerta e incrementan las noticias al respecto. En tercer lugar, la ciudadanía recibe el mensaje que querían transmitir los operadores políticos, mensaje que ahora reciben multiplicado por la cantidad de información disponible hoy en día, lo que aumentará la sensación de inseguridad y miedo al delito, a la vez que se incrementarán sus sentimientos de indignación, todo lo cual se traduce en solicitar a los poderes públicos rápidas y contundentes medidas contra la criminalidad. Finalmente, los operadores políticos atienden esa demanda ciudadana, creada por ellos mismos y alentada por los medios de comunicación, modificando la legislación penal en un sentido claramente represivo. Muestran así una respuesta rápida y categórica a un supuesto problema que en realidad no existe o que no es tan grave. Esa respuesta será aplaudida por la ciudadanía, los votantes, con el consiguiente rédito político.

Este fenómeno tiene devastadores resultados para los derechos de las personas y para la sociedad en su conjunto, motivo por el cual existe un consenso académico interdisciplinario entre la Criminología Crítica, la Sociología y la Ciencia Política en descalificar al populismo punitivo por su enfoque, características, causas y consecuencias y que Antón Mellón (129) *et al.* han resumido en las siguientes: ineficacia, aumento de la miseria humana, ocultamiento/falseamiento de la realidad, criminalización de la pobreza, aumento de las desigualdades, retroceso de la rehabilitación y reinserción de los penados, politización electoralista de la justicia penal y traslación de responsabilidades del poder político al poder judicial para intentar inútilmente solucionar problemas sociales.

---

(127) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 106.

(128) Pozuelo Pérez, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes,* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 87.

(129) Antón Mellón, J.; Álvarez Jiménez, G., y Pérez Rothstein, P. A., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», *op. cit.*, p. 55.

Por otra parte, la ideología de la distribución de riesgos entre individuo y sociedad es, en realidad, un discurso que se sirve de una terminología tecnocrática para ocultar la insolidaridad social que le inspira. El punto de referencia revelador de su naturaleza se encuentra en que la sociedad no admite, o restringe notablemente, sus responsabilidades en la génesis y abordaje de la delincuencia. Se trata de una muestra más de la consolidación de los enfoques volitivos sobre los estructurales en el análisis de la delincuencia, esto es, de la convicción de que la criminalidad tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente y no en carencias sociales que puedan condicionar su comportamiento (130).

En definitiva, como bien, dice Juanatey Dorado, el «modelo penal de la seguridad ciudadana» no sólo no es el modelo a seguir, sino que es el modelo a batir, pues no está caracterizado por los principios de humanidad y de solidaridad, sino por un fuerte individualismo en lo social y en lo económico propio de una política neoliberal y contrario al estado del bienestar (131).

4.2 **La evidencia empírica del delito y el desarrollo en la legislación penal española: expansión, punitivismo y la utilización del «Derecho penal simbólico»**

Durante mucho tiempo se observó un importante vacío entre la investigación científica y el diseño de las políticas públicas, en especial, en el diseño de las políticas en el ámbito penal, hecho que se puede seguir apreciando, no sin frecuencia, en el momento actual, al menos en España. Ese distanciamiento se puede explicar por diversas razones. Por un lado, el investigador, el académico, tiende a desconfiar de los operadores políticos en tanto que puede presentir que sus intereses son otros (ej. el rédito electoral). El operador político, por su parte, también puede recelar del investigador en tanto que le considera alejado del mundo real. Sin embargo, para valorar la eficacia de una política es imprescindible conocer la realidad a través de los datos que aporte el investigador. Por ello, la relación entre el científico y el operador político, es decir, la relación entre la investigación científica y el diseño de políticas públicas, debe ser muy estrecha. El nexo de unión

(130) Díez Ripollés, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *op. cit.*, p. 18.

(131) Juanatey Dorado, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 65, fasc/mes 1, 2012, p. 136.

entre ambos es precisamente lo que se ha dado en llamar *evidence-based policy* (132).

El concepto de políticas basadas en la evidencia ha ganado protagonismo en el diseño e implementación de políticas públicas desde hace ya cerca de tres décadas (133), y aunque procede del ámbito de la medicina, es cierto que pronto se extendió a otras áreas, incluidas las ciencias sociales (134).

A efectos del presente trabajo y siguiendo a Benito Sánchez, se puede definir la política basada en la evidencia como ese enfoque adoptado por las autoridades públicas en relación con problemas o situaciones que pueden afectar al bienestar público y que se debe fundamentar en el conocimiento estructurado de acuerdo con una concreta teoría científica. Por tanto, el punto de partida para la formulación, en general, de políticas públicas basadas en la evidencia, y en particular, de políticas basadas en la evidencia en la materia penal, es la existencia de datos empíricos de calidad, es decir, recopilados según el método científico (135).

A este respecto diversas organizaciones internacionales han desarrollado herramientas dirigidas a la recogida de datos sobre la delincuencia. Así, ya en 1948, el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas requirió a la Secretaría General desarrollar una base de datos sobre tendencias delictivas y sobre el sistema de justicia penal (136). Dicho interés continúa siendo recogido en diferentes documentos del Consejo Económico y Social entre los que merecen destacarse la Estrategia para el período 2008-2011 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (137) y más recientemente en la Resolución 2015/24 (138).

Por su parte, la UE lleva dos décadas apostando por las políticas basadas en la evidencia, incluidas las políticas en el ámbito de la lucha contra la criminalidad a través de la entidad *Eurostat,* encargada de

---

(132) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

(133) Yordanova, M. (ed.), *Crime and Punishment. Studying Justice System for Shaping Criminal Policy,* Sofia: Center for the Study of Democracy, 2011, p. 5.

(134) Díaz-Valdés Iriarre, A., «Políticas públicas basadas en la evidencia: aperturas *y* clausuras para el trabajo social chileno», *Revista Perspectivas,* núm. 24, 2013, p. 201.

(135) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 29.

(136) Resolution 1984/48 Crimen prevention and criminal justice in the context of development, de 25 de mayo de 1984 (E/RES/1984/48), punto 4.

(137) E/CN.7/2007/l4-E/CN.15/2007/5, punto 7.

(138) Resolution 29 15/24 Improving the quality and availability of statistics on crime and criminal justice for policy development, de 21 de julio de 2015 (E/RES/2015/24).

desarrollar, elaborar y difundir las estadísticas europeas. Así son diversos los instrumentos legales que dentro del denominado Programa Estadístico Europeo 2013-2025 (139) sucesivamente han ido instando a los Estados miembros a la recogida científica de datos de calidad sobre las tendencias delictivas para así poder elaborar las políticas sobre la evidencia empírica para poder, también, realizar una evaluación de dichas políticas (140). Asimismo, la UE considera primordial que los datos sobre criminalidad permitan establecer comparaciones entre los Estados; algo esencial para diseñar políticas comunes.

Las estadísticas sobre la criminalidad tienen una gran importancia para la Criminología, el Derecho penal y la Política criminal (141), porque conocer el volumen de la delincuencia es útil y necesario para diseñar una adecuada política criminal que pueda cumplir con su objetivo, el control de la criminalidad, así como adoptar las medidas necesarias para la prevención de la criminalidad y para evitar la reincidencia. En la actualidad son tres los instrumentos esenciales que se emplean para medir la delincuencia: las estadísticas oficiales, las encuestas de victimización y los informes de delincuencia auto-revelada. Cada uno de ellos observa el fenómeno delictivo desde un punto de vista diferente, a la vez que cada uno de ellos utiliza una metodología propia, pero ninguno de estos instrumentos ofrece el número total de delitos cometidos, es decir, el volumen real de la delincuencia (142).

Las estadísticas oficiales toman los datos de los órganos de control social formal (143) y ofrecen dudas sobre la imparcialidad de la información que recogen, al ser elaboradas por los organismos oficia-

(139) Regulado por el Reglamento (UE) núm. 99/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, relativo al Programa Estadístico Europeo 2013-17 (DO L 39 de 9.2.2013, pp. 12-29).

(140) Por ejemplo, el Programa de la Haya de consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DOUE C53, de 3 de marzo de 2005); el Plan de acción de la UE 2006-2010 sobre el desarrollo de una estrategia global y coherente de la UE para evaluar la delincuencia y la justicia penal (COM (2006) 437 final, Bruselas, 7 de agosto de 2006); el Programa de Estocolmo, Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE CJ15, de 4 de mayo de 2010); o el Plan de acción de la UE para las estadísticas 2011-2015 (COM (20 11) 7 13 final, Bruselas, 18 de enero de 2012).

(141) Serrano Gómez, A., «Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2011, p. 446.

(142) Serrano Tárraga, M. D., «La medición del delito y la importancia de sus aportaciones para la criminología contemporánea», *Revisa de Derecho UNED,* núm. 20, 2017, p. 130.

(143) Pueden citarse, entre otras, las estadísticas policiales publicadas por el Ministerio del Interior; las estadísticas recogidas en las Memorias de la Fiscalía General del Estado, las estadísticas judiciales publicadas por el Consejo del Poder

les (144). Las encuestas de victimización extraen la información de las propias víctimas del delito. Y los informes de delincuencia auto-revelada toman los datos de la contraparte, los infractores. En todo caso, no siempre han coexistido los tres instrumentos, pues primero aparecieron las estadísticas oficiales que tienen el problema de que no reflejan la denominada cifra negra de la criminalidad, cifra que se estima verdaderamente alta, aunque no es igual en todos los delitos, además de que, en ocasiones, no son útiles para analizar la evolución de la delincuencia en un determinado lugar en un lapso de tiempo (145) o para establecer comparaciones entre países. Posteriormente, se desarrollaron los otros dos instrumentos, con el objetivo de superar las carencias de las estadísticas oficiales (146).

Cierto es que los datos oficiales de las estadísticas sobre delincuencia, aunque se pueden consultar, no son objeto de amplia difusión pública como práctica regular de las instituciones públicas competentes en materia de Política criminal, por lo que difícilmente pueden provocar preocupación o miedo en nuestra sociedad. Coyunturalmente sí se hace llegar parte de dicha información a los medios, pero se publica con un inevitable sesgo para convertirla en material noticiable, según se ha podido comprobar. A esta distorsión mediática de la realidad delictiva precede, en ocasiones, la que genera el propio Gobierno al facilitar los datos (147). En cualquier caso, desde los años 60 se han diseñado otros instrumentos de medición de la delincuencia basados en el método de la encuesta social: las encuestas de victimización y los informes de delincuencia auto-revelada. Ambos buscan, por un lado, aproximarse más al volumen real de delincuencia, tratando de superar la cifra negra (148); y por otro, recoger más información acerca del hecho delictivo, como, por ejemplo, el perfil de la víctima y del agresor; todo ello con el obje-

---

Judicial; o las estadísticas penitenciarias publicadas por la Secretaría General de instituciones Penitenciarias.

(144) Serrano Maíllo, A., *Introducción a la Criminología*, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 154.

(145) Roldán Barbero, H., «Concepto y alcance de la delincuencia oficial», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1999, núm. 4, 1999, p. 681.

(146) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, pp. 37 y 49. Una amplia exposición de los problemas, carencias y distorsiones asociados a estas estadísticas pueden leerse en Serrano Tárraga, M. D., «La medición del delito y la importancia de sus aportaciones para la criminología contemporánea», *op. cit.*, pp. 132-160.

(147) Soto Navarro, S., «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *op. cit.*, p. 42; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 34.

(148) Serrano Maíllo, A., *Introducción a la Criminología*, *op. cit.*, p. 162.

tivo final de diseñar mejores estrategias de prevención de la criminalidad. Con todo, estos dos instrumentos tienen también ciertas carencias que les impide aproximarse al volumen real de delincuencia. De un lado, a las encuestas de victimización se les critica que solo se focalizan en delitos convencionales, no abordando los llamados delitos sin víctima (149), e igualmente, se señala que presentan problemas de fiabilidad en relación con la muestra utilizada, pues el delito no se distribuye de igual manera en la sociedad. Con respecto a los estudios de auto-denuncia se les critica que se centran en delitos muy leves o incluso en conductas antisociales pero que no son delictivas (150).

De todo ello se puede concluir que, aisladamente, ninguno de los tres instrumentos referidos sirve para mostrar la realidad delincuencial, pues todos ellos tienen ciertas carencias. Por ello, lo deseable es recurrir a una combinación entre estadísticas oficiales de delitos registrados y datos obtenidos de las encuestas de victimización y de autodenuncia (151).

Finalmente, la investigación mediante encuestas sobre las actitudes punitivas de la ciudadanía consolidó su andadura en la década de los 90 del siglo xx formulando preguntas a los ciudadanos, en términos muy generales, sobre distintos referentes: política criminal, dureza o benevolencia del trato judicial, condiciones en las que se cumplen las condenas y objetivos del castigo penal. Su aplicación ha permitido identificar tres expresiones o formas de punitivismo: aceptación general (demanda de más castigo a la delincuencia o a los delincuentes en general), aceptación específica (demanda de más castigo ante delitos concretos) y preferencia específica (elección de la pena más severa ante delitos y circunstancias concretas) (152).

Teniendo en cuenta los últimos datos sobre delincuencia disponibles en el Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Inte-

(149) Roldán Barbero, H., «Concepto y alcance de la delincuencia oficial», *op. cit.*, pp. 682 y 683.

(150) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 50.

(151) Pérez Cepeda, A. I. «Estadísticas sobre criminalidad en la Unión Europea», en Nieto Marón, A., Muñoz de Morales Romero, M., Becerra Muñoz, J. (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales,* Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 68; Serrano Tárraga, M. D., «La medición del delito y la importancia de sus aportaciones para la criminología contemporánea», *op. cit.*, p. 140.

(152) Caro Cabrera, M. J.; Pozo Cuevas, F.; Navarro Ardoy, L., y López Menchón, A., «Hacia una mejor delimitación conceptual del punitivismo: evidencias del diseño y aplicación de una escala», *Aposta revista de ciencias sociales*, núm. 99, Octubre-Diciembre 2023, pp. 8 y 9.

rior (153) y sobre la evolución de las personas encarceladas en España (según los datos de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias (154)) y las personas condenadas penalmente en España (proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (155)) y teniendo en cuenta el estudio efectuado por Cid Moliné y Varona Gómez (156) pueden efectuarse las siguientes conclusiones:

1.ª España sufrió, en los años posteriores a la aprobación del Código Penal de 1995, un intenso crecimiento de la población reclusa que alcanzó en 2010 una tasa de encarcelamiento de 166 personas encarceladas por 100.000 habitantes, una de las mayores de la Unión Europea (157). Desde entonces la población reclusa se ha ido reduciendo hasta quedar en 2022 en 116 personas encarceladas por 100.000 habitantes, una tasa que ya se acerca a la media de la UE en 2022 [113 personas por 100.000 personas encarceladas (Space I. Consejo de Europa)].

Las razones de la reducción de la tasa de encarcelamiento ocurrida entre 2010 y 2022 (158) obedecería a dos razones principales: en primer lugar, a una importante reducción de las entradas en prisión en la década del 2010 debido principalmente a un menor uso de la prisión preventiva, una mayor aplicación de las penas alternativas a la prisión (la suspensión de la pena) y una reducción de la delincuencia violenta. Y, en segundo lugar, a la reducción de la tasa de encarcelamiento se debió a un incremento del uso de la libertad condicional, en particular en el lustro 2010-2015 (159).

2.ª Sin embargo, este proceso de reducción del número de personas encarceladas parece haberse detenido en 2022. A partir de este año

---

(153) Disponibles en: https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/ (último acceso: 20 de mayo de 2026)

(154) Disponibles en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/ (último acceso: 20 de mayo de 2026)

(155) Disponibles en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206 (último acceso: 20 de mayo de 2026)

(156) Cid Moliné, J., y Varona Gómez, D., «El reciente incremento del encarcelamiento en España. ¿un cambio de tendencia?», *InDret*, núm. 1, 2026, pp. 7-13.

(157) Brandariz García J. A., «Sobre la punitividad: Hacia una agenda de investigación sobre los cambios en el clima penal», *Boletín Criminológico*, vol. 30, núm. Extra 226, 2024, pp. 6 y 7.

(158) Brandariz García J. A., «Sobre la punitividad: Hacia una agenda de investigación sobre los cambios en el clima penal», *op. cit.*, p. 5.

(159) Cid Moliné, J., y Varona Gómez, D., «El reciente incremento del encarcelamiento en España. ¿un cambio de tendencia?», *op. cit.*, pp. 7 y 8.

no ha habido ulteriores descensos y en los dos últimos años (2024 y 2025) ha habido un importante aumento, que ha llevado la tasa de encarcelamiento a alcanzar las 124 personas encarceladas por 100.000 habitantes. Según los citados autores, una de las razones explicativas de peso se encuentra en la modificación de la naturaleza jurídica de la libertad condicional efectuada por la reforma del CP de 2015, que, de ser el último grado de cumplimiento de la pena de prisión, pasó a ser una forma de suspensión de condena, que podía extenderse más allá de la pena de prisión impuesta, y que, en caso de revocación, no computaba como cumplimiento de pena. En consecuencia, el uso de la libertad condicional se ha reducido drásticamente pues muchas personas que podrían haber conseguido la libertad condicional no se han sentido estimulados por ella o han renunciado en caso de que les fuera propuesta (160).

3.ª También a partir del año 2022 se han incrementado sustancialmente las entradas en prisión, lo cual podría deberse a varios factores. Así, por una parte, se apunta a la vuelta a la normalidad delictiva prepandemia (161). Esta hipótesis encuentra confirmación en que la media de entradas entre 2015 y 2019 fue de 73 por 100.000 habitantes y, en realidad, la media de entradas entre 2022 y 2025 ha sido de 68 por 100.000 habitantes. Sin embargo, el hecho de que entre 2010 y 2019 se había producido una sostenida reducción de las entradas en prisión –una reducción del 32,5 % entre 2010 y 2019– mientras que entre 2022 y 2025 se ha producido un incremento progresivo –que globalmente supone un aumento del 20 % entre estos años–, sugiere que exista algún factor adicional que explique este incremento de las entradas en prisión (162).

A este respecto se aduce, por una parte, a un incremento de la delincuencia, pues la tendencia de la delincuencia desde 2021 es ascendente. Así, comparando la media de delincuencia entre los años 2014-2019 (4471 infracciones penales por 100.000 habitantes) con la media de los años 2022-2024 (4972 infracciones por 100.000 habitantes) se observa un 11 % de incremento de la delincuencia en los años en que se produce este aumento de las entradas en prisión. Y por otra, se alega que este incremento de las entradas en prisión se debe también a que la delincuencia es de tipo más grave y genera más

(160) Cid Moliné, J., y Varona Gómez, D., «El reciente incremento del encarcelamiento en España. ¿un cambio de tendencia?», *op. cit.*, p. 9.

(161) Brandariz García J. A., «Sobre la punitividad: Hacia una agenda de investigación sobre los cambios en el clima penal», *op. cit.*, p. 10.

(162) Cid Moliné, J., y Varona Gómez, D., «El reciente incremento del encarcelamiento en España. ¿un cambio de tendencia?», *op. cit.*, p. 10.

prisiones preventivas y más condenas efectivas a prisión. En particular se razona únicamente un aumento relevante de los delitos contra la libertad sexual de un 71,7 % si comparamos el periodo prepandemia (2014 2019), con el postpandemia (2022-2024) (163).

Sin perjuicio de la relevancia de todos estos indicadores, en cualquier caso, conviene recordar que el nivel de punitividad (164) de un sistema no depende –exclusivamente– del volumen y la gravedad de la criminalidad (165). Por ello, cabe concluir que una reducción notable y de largo alcance temporal de las tasas de criminalidad puede haber incidido en una contracción de la población penitenciaria, pero falta por indagar cuál puede haber sido su contribución a un verdadero cambio de clima punitivo, pues los procesos de excarcelación y de caída del delito no han inaugurado una nueva era de moderación punitiva en el campo político (166).

En el ámbito legislativo, en nuestro país, en los años de la transición se abrió una etapa progresista y humanitaria en el ámbito penal y penitenciario que se plasmó en importantísimas reformas penales, como la operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, y la aprobación de la Ley Orgánica general Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979 (en adelante LOGP). Sin embargo, esa tendencia humanitaria se vio limitada por el endurecimiento de las penas que trajo consigo la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al suprimir la redención de penas por el trabajo). Pero, sobre todo, por la sucesión de reformas, de más o menos amplitud que se han sucedido desde el año 1995 hasta el año 2026, sumando ya cincuenta y dos (167) y que

(163) Cid Moliné, J., y Varona Gómez, D., «El reciente incremento del encarcelamiento en España. ¿un cambio de tendencia?», *op. cit.*, pp. 10 y 11. A los que añade también, Brandariz, el incremento de los delitos de drogas (Brandariz García J. A., «Sobre la punitividad: Hacia una agenda de investigación sobre los cambios en el clima penal», *op. cit.*, pp. 10 y 11).

(164) Díez Ripollés define la punitividad como «efectiva amplitud e intensidad de la intervención penal en cierta sociedad» (Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 24).

(165) Brandariz García J. A., «Sobre la punitividad: Hacia una agenda de investigación sobre los cambios en el clima penal», *op. cit.*, p. 11.

(166) Brandariz García, J. A., «Crisis del populismo punitivo: cambios en el campo político», en VVAA (coords.) Un derecho penal moderno para una democracia del siglo xxi*: Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 75.

(167) Fuente: BOE. *Vid*. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444 (último acceso: 2 de mayo de 2026).

en su mayoría han ido ahondando en el punitivismo, consciente y decididamente (168).

Especial mención merecen la del año 2003 [Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que endureció el cumplimiento de las penas (especialmente para terrorismo), mientras que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó la parte general, el sistema de penas y otros delitos] (169) y la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) que vino a culminar, y ser máxima exponente en España, de esta tendencia hacia la máxima intervención del Derecho penal en aras de una mayor seguridad de los bienes jurídicos No se trata solo de la introducción de la pena de prisión permanente revisable –ya de por sí sola elocuente–, sino de la transformación de las principales reglas penológicas, la transformación de la libertad condicional en una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena de prisión. Y por supuesto, a una ampliación extraordinaria de los comportamientos tipificados y también del regreso a enfoques pretéritos en la regulación de diversas figuras delictivas (170).

La legislación resultante de las reformas, en términos generales, muestran una clara expansión del Derecho penal, tanto en sentido extensivo como intensivo, que ha contribuido a denostar el otrora CP de la democracia. La expansión en sentido extensivo hace referencia a una ampliación de las conductas punibles ya existentes o a la incorporación de nuevas modalidades delictivas. La expansión en sentido intensivo hace referencia a una intensificación de las consecuencias jurídicas aplicables, ya sea elevando las penas previstas, exigiendo el cumplimiento íntegro de la pena de prisión o incluyendo nuevas consecuencias jurídicas como medidas de seguridad (la libertad vigilada) o penas privativas de libertad (la prisión permanente revisable) (171).

---

(168) Morales Prats, F., «Crítica del populismo punitivo: por una justicia penal impopular», *op. cit.*, p. 355.

(169) Incisivos análisis críticos de la misma pueden leerse en Maqueda Abreu, M., «Crítica a la reforma penal anunciada», *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pp. 6-11; González Cussac, J. L., «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», *Revista Xuridica Galega*, núm. 38, primer trimestre, 2003, pp. 13-38; Juanatey Dorado, C., «La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal», *La Ley Penal*, núm. 9, 2004, pp. 5-30.

(170) González Cussac, J. L., «Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología», *Teoría y Derecho*, núm. 17, 2015, p. 168.

(171) Un estudio desde la perspectiva punitivista de los aspectos más importantes de las reformas del CP hasta el año 2023 puede consultarse en la obra de Martínez Patón, V., Martínez Galindo, G. (dirs.), *Cincuenta reformas penales Análisis de las reformas del Código Penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Asimismo, debe subrayarse que algunas recientes reformas penales (172) son una evidente muestra de cómo se han trasladado alguno de los aspectos generados por la preocupación social por el delito y el miedo al crimen en el entorno de las nuevas tecnologías, a la progresiva incorporación de nuevos tipos delictivos en el Código penal, así como a su posterior modificación, en algunos casos, en escasos periodos de tiempo. Sin embargo, hay que insistir en que las nuevas tecnologías no introducirían elementos esencialmente nuevos en los rasgos básicos de las tradicionales categorías y tipos delictivos, sino que la novedad de la ciberdelincuencia residiría en los diferentes modos de delinquir, la multiplicación de los efectos lesivos y las nuevas formas de prevención e investigación, debiendo adecuadamente valorarse cuándo existiría una auténtica necesidad de creación de nuevos tipos penales (173).

Así, siguiendo a Corcoy Bidasolo (174), el merecimiento de pena, como fundamento y límite del injusto, se ve afectado por la actual política criminal en varios aspectos:

1.º La inflación de tipos penales, en muchos casos ya previstos con otra denominación, y en otros innecesarios atendiendo a los principios de ultima ratio y subsidiariedad del Derecho penal.

2.º El gran número de conductas típicas previstas en cada uno de ellos –promover, favorecer, facilitar…– plantea problemas para distinguir entre autoría y participación, y entre actos preparatorios, tentativa y consumación, todo lo cual atenta contra el principio de proporcionalidad.

3.º La creación de tipos autónomos respecto de circunstancias agravantes de otros delitos previstos en la Parte Especial o, incluso,

---

(172) Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual que reforma el delito de *sexting* del artículo 197. 7 CP y el delito de Grooming de artículo 183 CP para penalizar al adulto que contacte con un menor de 16 años por medios tecnológicos; Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, que actualiza el mapa de los delitos socioeconómicos en internet para ajustarse a las nuevas realidades financieras (*bizum*, criptomonedas y pasarelas de pago virtuales) modificando el delito de fraude informático del artículo 249. 1 y 2 CP; y Ley Orgánica 1/2026, de 8 de abril, en materia de multirreincidencia, que modifica el delito de hurto del artículo 235.10 CP estableciendo un tipo agravado cuando se trate de un dispositivo móvil que contenga datos personales o bancarios.

(173) Mendoza Calderón, S., «La constante modificación penal en España: la visión derivada de la criminología mediática y su influencia en la política criminal», *Revista Ius Criminale*, núm. 2, abril de 2025, pp. 34 y 35.

(174) Corcoy Bidasolo, M., «Garantismo frente al populismo y la expansión del derecho penal», *op. cit.*, p. 323.

además como circunstancia agravante genérica de la Parte General. Ello suscita difíciles, si no imposibles, dilemas concursales, debiéndose determinar sobre si estamos ante un concurso de delitos o de leyes, y en este último, sobre el criterio de interpretación del concurso de leyes que se debe aplicar, ya que la solución será diferente según se aplique uno u otro (por ejemplo, entre especialidad y alternatividad).

4.º Establecer la misma pena para conductas con un desvalor muy diferente, ya sea por el diferente grado de intervención en el hecho, ya sea por la concurrencia o no de violencia o intimidación, infringiendo de nuevo, el principio de proporcionalidad.

También en el ámbito de los derechos de la víctima en el proceso penal la sucesión de diversas reformas del CP, la LECrim y finalmente la aprobación de la LEVD ha provocado la reacción de parte de la doctrina que considera que determinadas facultades de intervención de la víctima del delito en la ejecución de la pena no son admisibles porque pueden afectar al principio resocializador de las penas privativas de libertad. En este sentido y como ya se ha manifestado con anterioridad, se estima que la ejecución de la pena debe conservarse como un espacio reservado en exclusiva al monopolio estatal, en la medida en que no se trata de un mero conflicto entre autor y víctima a resolver por las partes afectadas; y, fundamentalmente, porque en la medida en que la ejecución de la pena debe estar presidida por políticas de reinserción, se trata de un ámbito en el que la víctima no debe ejercer interés alguno que pueda oponerse o significar un obstáculo para la reinserción, pues las decisiones sobre la suspensión inicial de la pena, beneficios penitenciarios, progresión en grado y suspensión conducente a la libertad condicional dependen ante todo de una serie de variables personales (pronóstico criminal, posibilidades de reintegración en la sociedad), sobre las que la opinión de la víctima nada puede ni debe aportar (175).

Es cierto que, en muchas de estas reformas penales, en su preámbulo, entre los motivos que justifican su adopción, se hace referencia a la existencia de una supuesta «demanda social». Sin embargo, la renombrada «demanda social» constituye un argumento cuestionable en sí mismo, en tanto que la legitimidad de una norma penal no viene dada por el mayor o menor apoyo popular, pero es que, ade-

(175) Tomás-Valiente Lazuna, C., «El interés de la víctima en el castigo del autor. Algunas reflexiones», *op. cit.*, p. 62. Esta posición se corresponde con la doctrina que el TC ha manifestado respecto a que la privación a la víctima –aunque personada en el proceso como acusación particular– de la posibilidad de intervenir en la fase de ejecución de la sentencia no vulnera el derecho de aquella a la tutela judicial efectiva, derecho que habría quedado satisfecho mediante su intervención en el proceso (ATC 373/1989, de 3 de julio).

más, el legislador no ofrece claro alguno sobre esa supuesta demanda de la sociedad (176). Ese apelar a la demanda social se ha convertido ya rasgo característico del populismo punitivo (177), pues incluso aunque una mayoría de la sociedad demandara un endurecimiento de las penas o una intensificación de la intervención penal, eso no constituye *per se* una justificación democrática para la elevación de las penas (178).

Un ejemplo gráfico lo tenemos con la reforma de la LO 5/2002, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, endureciendo las penas y abriendo el proceso a las acusaciones particulares, en cuya Exposición de Motivos afirma que «debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social». Ello evidencia que el endurecimiento no está fundamentado en una mayor criminalidad sino en el «impacto social», fuertemente condicionado por el amarillismo y sensacionalismo de la mayoría de medios de comunicación (179).

Pero no toda la doctrina está de acuerdo en que la expansión del *ius puniendi* sea un síntoma de involución democrática o mero populismo penal. Así, para las teorías del modernismo expansionista, entre cuyos defensores destaca Gracia Martín, el Derecho penal liberal clásico, diseñado para responder de forma fragmentaria ante agresiones individuales rudimentarias, es incapaz de proteger eficazmente los nuevos e intangibles bienes jurídicos supraindividuales que definen a la sociedad postindustrial (tales como el orden económico, el medio ambiente o la salud de los consumidores). Por ello defiende que la modernización expansiva del Derecho penal es una exigencia insoslayable derivada del postulado del Estado social y democrático de Derecho (180). Asimismo, sostiene que la ruptura del Derecho penal actual

(176) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 102.

(177) Aizpurúa González, E., y Fernández Molina, E., «Opinión pública hacia el castigo de los delincuentes: la importancia del delito cometido», *Boletín Criminológico*, núm. 161, enero-febrero 2016, p. 1.

(178) Berdugo Gómez de la Torre, l., *Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»*, *op. cit.*, p. 53; Zúñiga Rodríguez, L., «Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos», *Derecho PUCP*, núm. 81, 2018, pp. 47-92.

(179) Corcoy Bidasolo, M., «Garantismo frente al populismo y la expansión del derecho penal», *op. cit.*, p. 322.

(180) Gracia Martín, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 48 y ss. Sin embargo, efectúa una delimitación metodológica crucial: para salvaguardar la legitimidad del modelo, el rigor de la moderniza-

con el tradicional se produce únicamente en el ámbito de la selección de conductas punibles, pues lo que realmente caracteriza a aquél es la extensión de la punibilidad a la criminalidad material típica de las clases sociales poderosas, pero sin que ello suponga un menoscabo de las garantías penales del Estado de Derecho (181).

Por otra parte, a favor del endurecimiento de la respuesta penal frente a determinados tipos de delincuencia, como la derivada de la violencia de género, se ha posicionado Acale Sánchez. Para esta autora el tratamiento asimétrico y el incremento del rigor de las penas implementados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género está justificado, pues el género condiciona la victimización, de manera que la neutralidad abstracta de la ley clásica solo perpetúa la desigualdad fáctica. Por ello, el *ius puniendi* está plenamente legitimado para actuar como un mecanismo pedagógico e intervencionista que ponga coto a la impunidad de las agresiones patriarcales leves, mandando un mensaje general-preventivo drástico e inexorable a la sociedad para forzar un cambio cultural en las relaciones de poder (182).

La discutida legitimidad de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la pena de prisión permanente revisable, introducida por la Ley Orgánica 1/2015 como medida represiva que se pone al servicio de la prevención de la delincuencia, desprende un acercamiento a posturas funcionalistas de corte sistémico, próximas a la sustentada por Jakobs, adoptando los mecanismos necesarios para proteger a los ciudadanos frente al delincuente-enemigo, a costa de los derechos de este infractor de la norma penal, especialmente cuando se ha apartado del ordenamiento de forma persistente (183). Pero, para Rodríguez Ramos,

---

ción debe restringirse al ámbito de la delincuencia económica y empresarial perpetrada por los estratos poderosos de la sociedad, excluyendo la criminalidad insignificante de los desfavorecidos.

(181) Gracia Martín, L., «Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho», en Carbonell Mateu, J. C., González Cussac, J. L., Enrique Orts Berenguer, E., Cuerda Arnau, M. L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 879 y ss.

(182) Acale Sánchez, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Editorial Reus, Madrid, 2006, pp. 63 y ss.; Acale Sánchez, M., «Sobre el fundamento de las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género en materia penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 327-358.

(183) Roig Torres, M., «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el anteproyecto de reforma del Código Penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 19, 2013, p. 8.

la prisión permanente revisable, lejos de ser un retroceso medieval o una concesión arbitraria al «Derecho penal del enemigo», constituye una figura sustantivamente más humana y conforme con los principios garantistas que la severa reforma penal del año 2003, la cual permitía condenas de cumplimiento íntegro y efectivo de hasta 40 años de prisión en las que el Estado renunciaba de facto a evaluar la reinserción del reo antes de su excarcelación (184).

También en sentido contrario a la crítica populista de las reformas del CP se manifiesta Rius Alarcó, para quien no cabe afirmar que el legislador penal sustantivo se halle inmerso en una deriva agravatoria para el reo, respecto de las consecuencias penológicas inherentes a la condena por hechos delictivos, no apreciando existentes razones algunas espurias o de populismo punitivo (dar satisfacción con fines propios o electorales a determinadas exigencias sociales), como desencadenantes de estas reformas contemporáneas en materia punitiva. Para la citada autora, más bien, el legislador penal nacional contemporáneo desarrolla una encomiable tarea, usualmente en los preámbulos de las leyes orgánicas de reforma o actualización del CP vigente, tendente a explicar a la sociedad y justificar técnicamente las razones de las reformas aprobadas (sean estas gravosas o beneficiosas para el reo). A cuyo fin el legislador tiene en cuenta factores como la realidad sociológica, la legislación de los países de nuestro entorno cultural, y, muy especialmente, el derecho de la UE, los compromisos internacionales asumidos por España en materia de persecución de determinados delitos, la jurisprudencia y el resultado de la práctica judicial en materia criminal. Y finalmente, también, los fines últimos del derecho penal: la prevención general y especial, la protección de la seguridad colectiva, la atención y satisfacción debidas a las víctimas del delito, la resocialización del delincuente, etc. (185).

No obstante, en nuestra opinión, el cambio de tendencia, evidenciado por las reformas habidas del CP, solo podría venir motivado, tras un análisis serio y objetivo de la situación, por un incremento notable de la delincuencia que hubiera llevado a los expertos a concluir en la necesidad de incrementar la intervención penal para hacer frente a dicho escenario. Sin embargo, como ya se ha afirmado, y como expondremos más adelante, la situación que muestran los trabajos y los instrumentos existentes para medir la delincuencia no muestran un

(184) Rodríguez Ramos, L., *La Prisión Permanente Revisable*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 19 y ss.

(185) Rius Alarcó, C., «Política criminal y populismo punitivo: ¿la evolución hacia un derecho penal más gravoso para el reo?, en Martínez Patón, V., Martínez Galindo, G. (dirs.), *Cincuenta reformas penales Análisis de las reformas del Código Penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

aumento de la criminalidad existente ni tampoco la extensión y endurecimiento de la intervención penal aparece debidamente justificada por expertos en política criminal.

Como ya se ha dicho, en la prevención de futuros delitos el Derecho penal asume una función promocional de los valores sociales ya vigentes y de aquellos que están en formación y sanciona modelos de comportamiento indeseados, sin embargo, el Derecho penal ejerce una función simbólica cuando la promoción de valores no esté vinculada a la obtención de un efecto preventivo o cuando supere ese efecto preventivo (186): En el primer caso, estamos hablando de situaciones en las que hay una desvinculación plena del fin preventivo: ello tiene lugar cuando el legislador penal se limita a trasmitir la impresión de diligencia, que se actúa frente a un problema, para tranquilizar a la comunidad (187); cuando la legislación penal oculta la falta de actuación para resolver un conflicto social, e incluso situaciones de sometimiento (188); o cuando se quiere resolver un conflicto político mediante la obtención del consenso por vía coercitiva, es decir, el Derecho penal limita las opciones legítimas del debate (189).

Ante este escenario, los agentes políticos pretenden agradar a la opinión pública mediante la adopción de decisiones populares y obtener un beneficio político de ello. Prefieren calmar el miedo, la preocupación y la insatisfacción personal y social (real o exagerada) provocada por la falta de intervención penal o el pretendido carácter deficiente de la misma a través de una actividad legislativa, marcada por directrices populistas (entendidas como demandas populares irracionales y emotivas) alimentadas con los sentimientos de incertidumbre subjetiva y vulnerabilidad ciudadana ante el delito, que exigen soluciones rápidas y contundentes, de la que surgen las aceleradas,

(186) Díez Ripollés, J. L., «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *op. cit.*, pp. 77 y ss.; Gracia Martín, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, *op. cit.*, pp. 146-150.

(187) Díaz Pita, M. M., Faraldo Cabana, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *Revista de Derecho y Proceso Penal,* núm. 7, 2002, pp. 119 y ss.; Sánchez García Paz, M. I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 98; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., B de f, Montevideo, 2012, p. 326; Díez Ripollés, J. L., «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *op. cit.*, pp. 79-81.

(188) Díaz Pita, M. M., y Faraldo Cabana, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *op. cit.*, p. 122.

(189) Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *op. cit.*, p. 41.

desinformadas y escasamente técnicas reformas de la legislación penal material y formal (190). Los políticos pretenden eludir, incluso, el debate parlamentario, que puede retrasar la adopción de decisiones urgentes para solucionar un problema que crea alarma social. Ello permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la elaboración de las leyes penales y beneficiarse, en último término, de ello en las urnas (191).

Es lo que genéricamente se viene llamando «Derecho penal simbólico» (192), entendiendo por tal, como mantienen algunos autores, aquel que busca simplemente crear en los ciudadanos una sensación subjetiva de seguridad, sin que esa apariencia responda a una tutela real del Derecho penal, pues se trata de supuestos en que se utiliza el Derecho penal para tranquilizar a los ciudadanos frente a los riesgos que les amenazan, dando la imagen de un Estado solvente para resolver los problemas sociales. Esta finalidad lleva en ocasiones a crear tipos penales que no llegan a tener aplicación práctica, porque la sanción punitiva no es necesaria o porque es inadecuada para contener el riesgo concreto (193). Esto es, en el «efecto escaparate», en la huida al Derecho penal, y regularmente en la posterior aplicación nula, mínima y desigual de las normas. De esta forma se trasmiten mensajes o contenidos valorativos en la conciencia social y se traslada al campo jurídico todas las posibilidades sociales de resolución de conflictos. También comporta un doble lenguaje, donde los fines manifiestos y los fines latentes coexisten peligrosamente, pues los fines realmente perseguidos son diferentes a los fines aparentes. Tal vez porque los objetivos no son necesarios para ordenar la convivencia o porque su

(190) Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *op. cit.*, p. 41; Quenta Fernández, J., «El populismo del Derecho Penal (la necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)», *op. cit.*, p. 138.

(191) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 93; Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 10.

(192) Ver Díez Ripollés, J. L., «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *op. cit.*, pp. 63-97; Díaz Pita, M. M., Faraldo Cabana, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *op. cit.*, pp. 119 y ss.; Baratta, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica», *op. cit.*, p. 53; Berdugo Gómez de la Torre, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 193 y ss.; Terradillos Basoco, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 10 y ss.

(193) Roig Torres, M., «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el anteproyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, p. 7; Quintero Olivares, G., «Populismo punitivo y ciencia penal», *op. cit.,* p. 312.

contenido no guarda relación con necesidades sociales auténticas. O simplemente porque las normas y los medios para su cumplimiento, son sencillamente insuficientes. Es decir, como dice González Cussac, aquellas leyes rápidamente aprobadas para calmar a la población, que mostrando la capacidad de reacción y de coacción del Estado, persiguen esencialmente conformar la creencia social de que éste actúa y resuelve. Así mismo tratan de exhibir una total identificación del legislador (y del Gobierno que es quien lo explota) con problemas de los ciudadanos, aunque muchas veces adolecen de graves defectos técnicos y son aprobadas sin recursos materiales (194).

De este modo, el uso espontáneo y automático de la vía penal origina la introducción en el CP de tipos que no han pasado por un periodo de reflexión crítica, que no presentan un claro merecimiento de pena, que no aparecen en leyes precisas, que no cubren lagunas de penalidad, que generan conflictos con otros tipos con los que se superponen (195). Así mismo, quedan en un segundo plano otro tipo de medidas de carácter no penal que actúan sobre las causas de la delincuencia. Por ello, al final el Derecho penal se ha convertido en la «ineludible ratio» pues cualquier medida de tipo social, económico, educativo, etc., debe venir siempre acompañada de su correspondiente refuerzo penal (196).

V. EL POPULISMO PENAL Y LA VOZ DE LAS VÍCTIMAS

Frente al papel neutral de la víctima en el ámbito de la intervención penal, en el que la protección de sus intereses se lleva a cabo en la medida en que la lesión de los mismos representa un perjuicio para la sociedad, las víctimas han pasado a ocupar un lugar preeminente en el debate de política criminal. De hecho, existe en la actualidad la tendencia a que la sociedad se identifique con las víctimas, debido a que ha producido una transformación social de considerable importancia, mediante la cual el sufrimiento de la víctima ha dejado de pertenecer al ámbito privado para obtener una dimensión colectiva. Además, la identificación con la víctima es fácilmente asumible puesto que el

(194) González Cussac, J. L., «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», *op. cit.*, p. 21; Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, 159 y 160.

(195) Díaz Pita, M. M., Faraldo Cabana, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *op. cit.*, pp. 128 y ss.

(196) Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *op. cit.*, p. 42.

delito afecta, en último término, a valores asumidos socialmente (197). La sociedad actual se muestra como un conjunto de víctimas potenciales que demandan mayor protección, y con ello intervención penal, aunque sea a costa de un detrimento de la libertad y las garantías. Cabe apuntar al menos tres motivos estrechamente relacionados que influyen en esta identificación colectiva con las víctimas: la desconfianza hacia el sistema de justicia, la impresión generalizada de que la delincuencia no cesa de aumentar y el miedo al delito (198).

En primer lugar, debe apuntarse que la sociedad actual considera que las instituciones de control penal no funcionan todo lo bien que debieran para prevenir la delincuencia y para proteger al ciudadano, independientemente de la evolución de la tasa de criminalidad (199). Es más, cada vez parece más popular la idea relativa a que estas instituciones perjudican a la víctima, así como la opinión de que el sistema de justicia penal no es eficaz con quienes transgreden las leyes. Las causas de la desazón son múltiples. De hecho, una parte importante del descontento social, íntimamente relacionado con las víctimas, procede de la deficiente ejecución de la responsabilidad civil derivada de delito y de su insuficiencia para cubrir todas las necesidades reparatorias de las víctimas. Pero sin lugar a dudas, la impresión de que la justicia es muy lenta y no es igualitaria resultan ser los factores claves. A todo lo anterior se suma el hecho constatado de que los ciudadanos desconocen el funcionamiento de la administración de justicia (200).

La imagen que un ciudadano cualquiera puede componerse sobre la criminalidad en su país depende, sin duda en primer lugar, de su propia experiencia como víctima o de la de sus allegados. En su defecto, se convierten en fuente principal, las noticias que difunden los medios de comunicación en relación con la delincuencia, cuando no el mero rumor sobre la experiencia de otros (201). Por ello, debe remarcarse de la importancia de la función de los medios de comunicación

(197) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 89.

(198) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, pp. 25 y 26.

(199) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 8; Díez Ripollés, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo xxi», *Revista Española de Investigación Criminológica,* núm. 4, 2006, p. 17.

(200) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, pp. 26 y 27.

(201) Soto Navarro, S., «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *op. cit.,* p. 3.

en una sociedad democrática, al ser el vehículo del derecho fundamental a recibir información (art. 20.1 d) CE), requisito imprescindible de la formación de una opinión pública libre, base de la participación política. Pero, dicha función, en el caso de la información sobre el funcionamiento del sistema penal y la realidad de la delincuencia, resulta especialmente relevante y no sólo porque los ciudadanos tienen derecho a conocer los datos que afectan a su seguridad (202).

La preocupación por el delito repercute de modo directo en las actitudes punitivas, de modo que, a mayor preocupación, mayores exigencias de amplitud e intensidad de la intervención penal. A este respecto, el sentir de la opinión pública, la demanda popular, ha pasado a ser un elemento de primer orden en la toma de decisiones legislativas y por ello, los políticos han de mostrar una clara disposición a reaccionar frente a cualquier problema social tipificando nuevos delitos o agravando los ya existentes. Esto supone primar una aproximación simplista y sin matices al problema de la delincuencia, que ve la solución en un incremento de las penas y en una política de mano dura, sin tener en cuenta los múltiples factores sociales y personales que intervienen en este fenómeno, y sobre los que habría que actuar.

La consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana: como consecuencia de una diversidad de factores se han incrementado desde hace unos años en la población tanto la preocupación en general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima de un delito. Tales actitudes se producen además en un contexto peculiar, con dos rasgos especialmente significativos: Por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra parte, ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy difundida en los años 70 y 80, y que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de

(202) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 93.

su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás (203).

Por lo demás, esa preocupación o miedo por el delito se ha extendido a sectores sociales antes relativamente distanciados de tales sentimientos. La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo (204).

5.1 **Las víctimas y el punitivismo**

Los estudios (205) sobre la opinión pública en relación con la justicia penal evidencian que los ciudadanos creen que es en realidad un fenómeno mucho más grave de lo que en realidad es, porque creen que se encuentra en continuo aumento, creen que buena parte de la delincuencia es delincuencia violenta y creen que buena parte de la delincuencia es llevada a cabo por delincuentes «profesionales» (bandas o reincidentes). Además, tienen la visión de una justicia penal benévola en el trato con el delito, porque creen que las penas aplicadas son sistemáticamente blandas, y creen además que las penas impuestas y las efectivamente cumplidas difieren en gran parte. Finalmente, la imagen que los ciudadanos tienen de la delincuencia y de la justicia penal proviene básicamente de la información suministrada por los medios de comunicación.

Sin embargo, en España, para Varona Gómez (206), a pesar de que la conjunción entre una imagen problemática del crimen y una justicia laxa pudiera hacer pensar que los ciudadanos están deseosos de castigos severos, diversos estudios empíricos han constatado la existencia del «mito del punitivismo» para referirse a la discrepancia que existe entre la imagen de la ciudadanía que se proyecta en

(203) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 8.

(204) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 9.

(205) Véase, por ejemplo, Gelb, K., *Myths and Misconceptions: Public Opinion versus Public Judgement about Sentencing*, Sentencing Advisory Council, State of Victoria, 2006, pp. 1-60; Gelb, K., *More Myths and Misconceptions*, Sentencing Advisory Council, State of Victoria, 2008, pp. 1-12.

(206) Varoma Gómez, D., «¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España», *op. cit.,* p. 7.

algunos colectivos y lo que la investigación ha podido constatar (207). Esto es así porque las investigaciones más sofisticadas, que toman como muestra a personas informadas (esto es, que han recibido cierta formación sobre la realidad de la delincuencia y sobre el funcionamiento de la justicia penal), y que emplean la metodología de la encuesta deliberativa o del llamado «caso-escenario», revelan que los ciudadanos a la hora de imponer una pena en un caso concreto imponen penas similares o incluso menos severas que las impuestas por los jueces; los ciudadanos son favorables a las penas alternativas a la prisión, especialmente aquellas que comportan una reparación a la sociedad o la rehabilitación de la persona; y los ciudadanos se muestran abiertamente favorables a la rehabilitación como fin del castigo.

Una de las evidencias empíricas mejor establecidas en la literatura internacional acerca del punitivismo es el hecho de que las demandas de severidad suelen ser más acentuadas en un nivel o plano global que en el específico, esto es, cuando se usan medidas globales que cuando se utilizan medidas específicas. Así, la gente tiende a ser más punitivista cuando es preguntada por el delito, por los/las jueces o por las penas sin dar detalles sobre casos específicos. Sin embargo, cuando se usan medidas específicas, las personas tienden a expresar un menor grado de punitivismo (208). Las razones por las que esto ocurre tienen que ver con el hecho de que los juicios hacia el castigo tienden a formularse sobre la base de la información más accesible y no de la valoración y reflexión de todas las opciones. Por ello la opinión o percepción de las personas acerca de un objeto abstracto (como la suficiencia de las penas o la benevolencia de los tribunales) impide conocer el delito o el delincuente en el que se piensa cuando se responde señalando como insuficientes la sanción o el rigor de los jue-

(207) Cullen, F. T.; Cullen, J. B., y Wozniak, J. F., «¿Is Rehabilitation Dead? The myth of the Punitive Public», Journal of Criminal Justice, 16(4), 1988, pp. 303-317; Maruna, S., King, A., «Public Opinion and Community Penalties», en Bottoms, A., Rex, S., Robinson, G. (eds.), *Alternatives to Prison, Options for an insecure society*, Willan Publishing, Reino Unido, 2004, p. 87; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 42; Villacampa Estiarte, C., «La víctima en el sistema de justicia penal II», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., Tamarit Sumalla, J. M. (coords.), *Manual de Victimología*, *op. cit.*, p. 398.

(208) López Menchón, A.; Navarro Ardoy, L.; Pozo Cuevas; F., Caro Cabrera, y M. J., «Punitivismo y rasgos sociopolíticos, un análisis de la opinión pública andaluza hacia el castigo penal», *Política y Sociedad*, 60(1), 2023, p. 2; Hutton, N., «Beyond populist punitiveness?», *Punishment & Society,* vol. 7, issue 3, julio 2005, p. 248; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 43.

ces. De este modo, puede afirmarse, que los indicadores que miden mediante preguntas abstractas actitudes globales concitan la presencia de visiones superficiales, estereotipadas o volubles sobre la delincuencia y la eficacia del sistema penal. Por tanto, medir la opinión sobre el castigo exclusivamente en el plano abstracto impide conocer su grado de aceptación en contextos concretos, sobreestimando el nivel del punitivismo (209).

Por ello, es necesario basar la medida de las actitudes hacia el castigo en el aporte de información o especificación de los rasgos y circunstancias concurrentes en el objeto de valoración. Cabe hablar así de actitudes específicas por medirse sobre la base de la contextualización del objeto o caso. Entre los aspectos que conforman el aporte de información, figuran, el delito cometido, los rasgos y circunstancias de quien lo comete y las medidas previstas por el ordenamiento penal. Entre las medidas específicas de preferencia se encuentra la llamada técnica del «caso escenario» y la cual consiste en la formulación de supuestos concretos dotados de información detallada acerca del hecho delictivo y del infractor. De este modo se previenen las respuestas basadas en estereotipos e imágenes distorsionadas, lo que posibilita una medición más rigurosa de las actitudes basada en el aporte de información contextual. Este instrumento sitúa idealmente al ciudadano en el lugar del juez pidiéndole que elija la pena que considera más adecuada para un determinado caso, considerándose que se expresa punitivismo si se opta por el formato de castigo más severo frente a una o varias penas alternativas al mismo (210).

En definitiva, como dice Hutton (211), no niega que existan tendencias punitivistas en la población, pero precisa que la falta de información explica en gran medida esas opiniones. Y desde el punto de vista de la elaboración de políticas públicas, parece razonable que el legislador prime las opiniones informadas frente a las que son fruto del miedo y del desconocimiento de la realidad de la delincuencia y el sistema penal.

La preeminencia obtenida por los intereses de las víctimas y el populismo han dado respetabilidad social a ciertos sentimientos cuya demanda de satisfacción en otros tiempos se comprendía, pero no se

---

(209) Pozo Cuevas, F.; Caro Cabrera, M. J.; López Menchón, A., y Navarro Ardoy, L., «Formas de pedir castigo penal. Expresiones del punitivismo según grados de especificidad», *Papers*, 107/2, 2022, p. 5; Hutton, N., «Beyond populist punitiveness?», *op. cit.*, p. 248.

(210) Pozo Cuevas, F.; Caro Cabrera, M. J.; López Menchón, A., y Navarro Ardoy, L., «Formas de pedir castigo penal. Expresiones del punitivismo según grados de especificidad», *op. cit.*, p. 6.

(211) Hutton, N., «Beyond populist punitiveness?», *op. cit.*, p. 250.

atendía; nos referimos a los sentimientos de venganza, tanto de las víctimas y sus allegados como de la población en general (212).

Por su parte los estudios victimológicos sostienen que la víctima es menos punitiva de lo que piensan los ciudadanos y que ésta en pocas ocasiones demanda un castigo si considera reparado el daño sufrido (213). Precisamente, varios estudios de psicología social muestran que lo que le proporciona satisfacción no es el sufrimiento del agresor *per se*, sino que éste comprenda el daño causado y que entienda que no actuó de forma correcta (214).

Trabajos dedicados a analizar la problemática de la seguridad ciudadana en España nos muestran que no parece existir una necesaria correlación entre el sentimiento de inseguridad y de miedo a ser víctima de un delito en la ciudadanía, y los niveles de delincuencia (215). Por otro lado, resulta interesante comprobar que el miedo al delito no está relacionado con una previa victimización (haber sufrido un delito), sino con una defectuosa percepción de la realidad de la criminalidad y el sistema penal o con la manipulación por parte de terceros (216). Sin embargo, esa percepción ciudadana de inseguridad se traslada en una fuerte presión a los poderes públicos, que deben adoptar respuestas inmediatas y severas ante un supuesto problema de criminalidad (217).

En este sentido, las investigaciones han analizado las causas por las cuales la sociedad post-industrial se involucra emocionalmente

---

(212) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 12.

(213) Larrauri Pijoan, E., «Populismo punitivo y cómo resistirlo», *op. cit.*, pp. 294-298.

(214) Echeburúa, E., y Cruz Sáez, M. S., «De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso», *op. cit.*, p. 89; Gollwitzer, M., y Denzler, M., «What males revenge sweet: seeing the offender suffer or delivering a message?», *op. cit.*, p. 853; Tamarit Sumalla, J. M., «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1, 2013, pp. 11-27.

(215) Redondo Illescas, S., y Garrido Genovés, V., *Principios de Criminología*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 187 y ss.; Díez Ripollés, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo xxi», *op. cit.*, p. 7; Tamarit Sumalla, J., «Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo», *op. cit.*, pp. 18-22; Soto Navarro, S., «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *op. cit.*, p. 5; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 28.

(216) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 30.

(217) Brandariz García, J. A., *El gobierno de la penalidad: la complejidad de La política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 75.

con las víctimas de delitos hasta el punto de pensar que podemos ser víctimas en cualquier momento de un delito, de sentir un temor en la mayoría de las ocasiones infundado a ver afectados también nuestros bienes personales. Su etiología puede ser producto de una defectuosa percepción de la realidad o de la manipulación interesada de esa realidad por parte de terceros. Su distribución entre la población no es homogénea y su intensidad se ve determinada por el sentimiento subjetivo de vulnerabilidad, que se despliega en relación a variables sociodemográficas tales como el género femenino, el incremento de edad, el bajo grado de formación, la tendencia política conservadora y/o el clima social (218).

Sin embargo, se desconoce cuáles son las necesidades reales de las víctimas, es decir, se carece de estudios empíricos que reflejen las opiniones de las víctimas de delitos en relación a sus intereses. Por ello, en realidad se ignora si éstas desean un mayor protagonismo en el proceso penal o si son favorables a la mediación con el delincuente, por ejemplo. Esto ha conducido, en el mejor de los casos, a proponer o a poner en marcha campañas de protección o de asistencia a víctimas basadas en asunciones que, estando influidas por orientaciones políticas o ideológicas, no han reflejado necesariamente los deseos y necesidades de las víctimas, ni responden o están respaldadas por los resultados de investigaciones al respecto (219).

5.2 **Las víctimas y los medios de comunicación**

Una circunstancia que parece ser decisiva en el fenómeno del populismo punitivo es que, en los últimos años, todo lo relacionado con la criminalidad ha adquirido un interés social, mediático y político inexistente en épocas anteriores (220). Es innegable que la delincuencia genera un agudo interés en la sociedad, ya que provoca profundos cuestionamientos sobre la naturaleza y las fuentes de la motivación humana, la capacidad del Estado para mantener el orden social o la desgracia de los semejantes (221).

---

(218) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, pp. 29 y 30.

(219) Herrero Alonso, C., y Garrido Marton, E., «Victimología: el impacto del delito, la víctima y el sistema legal: Una aproximación psicosocial», Cuadernos de Derecho Judicial, núm., p. 21.

(220) Díez Ripollés, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo xxi», *op. cit.*, p. 1.

(221) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 25

Por ello, los medios de comunicación han visto en el fenómeno de la delincuencia un fecundo elemento para cumplir objetivos políticos, ideológicos o simplemente lucrativos, pues los medios se rigen también por criterios de mercado, en tanto en cuanto constituyen empresas de la comunicación que deben competir con otras y obtener beneficios. Los medios reflejan la realidad y aquí partimos de la general veracidad de las informaciones que transmiten, pero la construcción de la noticia supone un proceso de elección, jerarquización y tematización, que fundamentalmente viene presidido por el interés periodístico, esto es, la atención a la audiencia receptora de la información, así como, por supuesto, la orientación político-ideológica del medio (222). Esto ha dado lugar a un uso desmedido de las noticias relacionadas con el fenómeno de la delincuencia, convirtiéndose en uno de los principales temas de atención mediática al que se dedican grandes titulares en la prensa, la radio y la televisión (223).

El discurso de la víctima tiene especial reflejo en los medios de comunicación y los medios de comunicación, no sin frecuencia, utilizan a las víctimas de delitos graves o a sus familiares y allegados de manera morbosa (224). Por el contrario, la versión del ofensor, del delincuente, o no se ofrece o queda relegada a un segundo plano, y todo el discurso se centra en presentarlo como un sujeto peligroso, ignorando las causas que le llevaron a delinquir. Se le presenta como un individuo diferente del ciudadano «normal» (un monstruo, una bestia, un pervertido…); de hecho, se intenta potenciar cualquier rasgo en él que lo distinga del resto (225), como puede ser su condi-

(222) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 94. Aunque es cierto que es difícil precisar hasta qué punto los medios de comunicación generan discursos o bien se limitan a reflejar los existentes en la comunidad (García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, p. 90). Sobre la cuestión de la influencia de los medios de comunicación en la percepción social de la delincuencia, pueden verse: Soto Navarro, S., «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *op. cit.*, pp. 1-46; Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *op. cit.*, pp. 1-51.

(223) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 25.

(224) Baucells Lladós, J., y Peres-Neto, L., «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», en García Arán, M., Botella Corral, J. (dirs.) *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 12 y ss.; GREER, C., MCLAUGHLIN, E.,«News Power, Crime and Media Justice», *op. cit.*, p. 270; Pozuelo Pérez, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes,* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 87).

(225) Baucells Lladós, J., y Peres-Neto, L., «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», *op. cit.*, pp. 132 a 134.

ción de extranjero o su situación de exclusión, etc., lo que desata discursos aporófobos y racistas sobre la criminalidad y contribuye a más políticas de exclusión y de control (226).

Algunos autores han señalado, incluso, que la cobertura que hacen los medios de comunicación de la delincuencia es desproporcionada e inexacta, lo que tiene como consecuencia una sobrerrepresentación del volumen real de delincuencia (227) y, en especial, de los delitos atroces (228). Por la propia lógica del funcionamiento de los medios, impera lo negativo (229), por lo que las noticias sobre delitos especialmente violentos o dramáticos son las preferidas por los medios en tanto que son más atractivas para el público (230). Así a la audiencia parecen fascinarle especialmente los programas y las noticias relacionadas con determinados delitos (asesinatos, violaciones, malos tratos, violencia escolar, robos con violencia, secuestros exprés y, en los últimos tiempos, corrupción y delitos urbanísticos) (231).

El hecho de que los medios de comunicación coloquen a las víctimas y a la delincuencia en un primer plano trae como consecuencia un aumento de la preocupación ciudadana, una sensación de inseguridad y miedo al delito (232), 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 (233). Algo lógico en tanto

---

(226) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 157; Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 9.

(227) Botella, J., Peres-Neto, L., «La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España», en García Arán, M., Botella Corral, J. (dirs.) *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit.*, p. 64; Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 33.

(228) Rechea Alberola, C.; Fernández Molina, E., y Benítez Jiménez, M. J., *Tendencias sociales y delincuencia.* Centro de Investigaciones en Criminología, Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 11, 2004, p. 36.

(229) Antón Mellón, J.; Álvarez Jiménez, G., y Pérez Rothstein, P. A., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», *op. cit.*, p. 47.

(230) Paredes Castañón, J. M., «La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* núm. 24, 2018, p. 100.

(231) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 33.

(232) Ver el trabajo de Botella Corral, J., «Introducción», en García Arán, M., Botella Corral, J. (dirs.) *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit.*, p. 21.

(233) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 33.

que la percepción que la ciudadanía tiene sobre la criminalidad no procede normalmente de la propia experiencia sino de la información que recibe (234).

En lo que respecta al aspecto cualitativo del tratamiento mediático de la delincuencia, García Arán explica que «la simplificación del mensaje y la ausencia de matización, otorgando un gran protagonismo a las víctimas que claman por el castigo, provoca la percepción de que las respuestas judiciales y las leyes son excesivamente benévolas» (235).

Desde el ámbito de la victimización, existen también a nivel nacional e internacional una serie de estudios que han abordado las experiencias de victimización en el seno del estudiantado universitario, tanto desde eventuales diferencias de género en función de la tipología delictiva en concreto, como en la relación de esa victimización con el miedo al delito y las actitudes punitivas (236). Considerando especialmente interesantes los estudios sobre los estudiantes del grado de Derecho pues éstos, tras su formación jurídica, pueden resultar determinantes en la aplicación del Derecho, ya sea como jueces, fiscales o incluso como funcionarios de prisiones, pudiendo incluso influir decisivamente en la creación de la propia legislación penal. A este respecto, si se parte del hecho de que los jóvenes que comienzan sus estudios de Derecho se encuentran precisamente, debido a su edad y a su estatus de estudiantes, en una fase de gran influenciabilidad –la cual, eventualmente, puede marcar su posterior actividad profesional–, en ese caso adquiere gran importancia conocer sus actitudes en torno a aspectos tales como la delincuencia, las penas y su eficacia. Y tampoco puede ignorarse el hecho de que los estudiantes de Derecho

---

(234) Paredes Castañón, J. M., «La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas», *op. cit.*, p. 96; Soto Navarro, S., «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *op. cit.*, p. 3.

(235) García Arán, M., «El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales», *op. cit.*, p. 48.

(236) Barberet, R.; Fisher, B., y Taylor, H., «University student safety in the East Midlands», *Home Office Online Report*, 61/04, 2004, pp. 1-76; Chan-Gamboa, E.; Morales-Quintero, L.; Ruiz-Pérez, J., y Vaca-Cortés, J. «Factores sociodemográficos asociados a la victimización delictiva en estudiantes universitarios de tres ciudades mexicanas», *Pensamiento Psicológico*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 93-107; Igareda, N., Bodelón, E. «Las violencias sexuales en las universidades: cuando lo que no se denuncia no existe», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 12, 2014, pp. 1-27; Villacampa, C., y Pujols, A. «Prevalencia y dinámica de la victimización por stalking en población universitaria», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 15, 2017, pp. 1-27; Varona Gómez, D., «Ciudadanos y Actitudes Punitivas: un estudio piloto de la población universitaria española», Revista Española de Investigación Criminológica: REIC, núm. 6, 2008, pp. 1-38.

son también parte de la sociedad, pudiendo, por tanto, facilitar información relevante sobre las percepciones en torno a la delincuencia y los cambios en la mentalidad punitiva reinante en ella (237).

En el estudio sobre las actitudes punitivas de los estudiantes de Derecho de Cano Paños y Calvo Alba, la hipótesis fundamental que se planteaba es de si tanto el miedo al delito en su vertiente cognitiva –es decir, la percepción del riesgo de convertirse en víctima– como las actitudes punitivas del estudiantado, disminuían o no de forma apreciable con la progresiva formación académica de los estudiantes; y los resultados del estudio, constataban, efectivamente, una disminución entre los alumnos de cuarto curso de las tendencias punitivistas (238).

Esta diferencia entre las actitudes de los estudiantes de primer curso y cuarto curso del grado de Derecho que arrojan el resultado del citado estudio puede provenir de diferentes causas, entre las que puede destacarse el hecho de que –especialmente en los estudiantes de primero– la imagen que tienen de la delincuencia y de la justicia penal parece provenir en buena medida de la información suministrada por los medios de comunicación, ya que, teniendo en cuenta sus conocimientos jurídicos, los niveles de respuesta en relación con sus preferencias punitivas se acercan a los que arrojarían encuestas semejantes dirigidas a una ciudadanía lega en Derecho. De todos es sabido que la atención dispensada a los hechos delictivos por parte de los *mass media* no guarda relación directa con la situación de la criminalidad real, sino más bien con determinados acontecimientos o coyunturas sociales y/o políticas, lo cual conduce a que las noticias relacionadas con la criminalidad tengan mayor o menor difusión. Mientras que, en

(237) Cano Paños, M. A., y Calvo Alba, M. A., «Evolución del miedo al delito y del punitivismo en la población universitaria española a partir de una muestra de estudiantes de Derecho», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 18, 2020, pp. 1-28. En primer lugar, se realizó una investigación empírica de corte transversal repetido con estudiantes del grado de Derecho matriculados en el primer curso y cuyos resultados vieron la luz en Cano Paños, M. A., y Calvo Alba, M. A., «Percepción de la delincuencia, miedo al delito y actitudes punitivas en España. Resultados de una encuesta realizada a estudiantes del Grado en Derecho entre los años 2015 y 2018», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2019, pp. 1-42. Seguidamente y con el ánimo de determinar si los patrones de respuesta se mantienen más o menos invariables entre los alumnos de primer curso o, por el contrario, disminuyen de forma apreciable con la progresiva formación académica, se realizó un segundo estudio utilizando el mismo cuestionario utilizado en el primero, pero con estudiantes de cuarto curso matriculados también en el Grado en Derecho de la Universidad de Granada.

(238) Cano Paños, M. A., y Calvo Alba, M. A., «Evolución del miedo al delito y del punitivismo en la población universitaria española a partir de una muestra de estudiantes de Derecho», *op. cit.*, p. 15.

el caso de los estudiantes de cuarto curso, a la progresiva adquisición de conocimientos en lo relativo a la delincuencia en España (número de delitos cometidos, incidencia de la delincuencia violenta, etc.) habría que añadir su progresiva formación académica en temáticas jurídicas de primer orden, como son los derechos fundamentales de la persona, los fines de la pena o bien cuestiones de carácter procesal-penal y penitenciario (239).

En definitiva, un conocimiento más objetivo y detallado del sistema legal, del delito y la delincuencia incide en una actitud menos punitivista por parte de la persona. Pues como dice Sánchez Baena, aunque el derecho está presente en nuestra vida cotidiana, no lo está tanto en la formación de la ciudadanía. Qué duda cabe que una sociedad con carencias formativas en ámbitos como el jurídico o el financiero es mucho más vulnerable a la manipulación por parte de políticos y medios, está más expuesta ante las manipulaciones interesadas y se muestra mucho más dócil ante los comportamientos arbitrarios y abusivos del poder (240).

Por otra parte, los medios de comunicación tienen el poder para decidir qué problema sitúan en el primer plano del debate político, lo que se conoce como *agenda-setting* (241). Ellos deciden de qué se habla en un determinado momento, convirtiendo prácticamente en inexiste aquello que no aparece en los medios. Es aquí donde pueden tener un papel preponderante en el diseño de la Política criminal, favoreciendo el populismo punitivo. Los medios de comunicación, haciendo uso de ese poder para decidir lo que colocan en la agenda, eligen un determinado tipo de delincuencia, hablando de ella hasta que la sociedad percibe que es un problema real y demandan la rápida y eficaz intervención de los poderes públicos. Y lo que hace el legislador, cuando el tiempo se lo

(239) A este respecto lo primero que señalan los resultados del estudio es que las actitudes más punitivas –es decir, aquellas que reclaman la existencia de una pena incluso más severa que la prisión permanente revisable, o bien que claman por la regulación de la pena de muerte en el CP– muestran una cierta disminución en los alumnos de cuarto curso, lo cual revierte sobre las menos punitivas. De este modo, el número de estudiantes de cuarto curso que piden la derogación de la prisión permanente revisable, así como los que se posicionan en contra de la pena de muerte aumenta con respecto a los estudiantes de primer curso (Cano Paños, M. A., y Calvo Alba, M. A., «Evolución del miedo al delito y del punitivismo en la población universitaria española a partir de una muestra de estudiantes de Derecho», *op. cit.*, pp. 22 y 24).

(240) Sánchez Baena, G., *Populismo Punitivo*, *op. cit.*, p. 28.

(241) McCombs, M. E., y Shaw, O. L., «The agenda-setting function of mass media», *Public Opinion Quarterly*, vol. 36, núm. 2, 1972, pp. 176-187.

permite, es dar una respuesta contundente, de marcado carácter punitivo para marcarse un tanto de cara a la ciudadanía (242).

Esta utilización electoral del Derecho penal también puede ser buscada por los propios partidos políticos de manera intencionada para sacar rédito político de la reforma en cuestión (243). Ellos lanzan la alerta, los medios de comunicación la exageran, la ciudadanía pide una repuesta y, así, los agentes político s se apuntan el tanto de haber dado lo que para ellos es una respuesta eficaz ante una supuesta «demanda social». Es decir, venden así una conducta proactiva frente a la delincuencia; nadie les puede acusar de inactivos (244) y ello contribuye a que la ciudadanía valore positivamente a una clase política de la que en muchas ocasiones se sienten desconectados (245).

En cualquier caso, a los medios de comunicación les corresponde también un importante papel en relación con las víctimas de delitos, especialmente, de delitos violentos. Perpetuar el dolor de las víctimas a través de un uso morboso de ellas, además de ser éticamente reprobable, les impide avanzar hacia su recuperación; recuperación que debe ser objetivo esencial de la sociedad. (246)

5.3 **Las víctimas, la justicia y los fines de la pena**

La colocación en primer plano del discurso de la víctima y su reivindicación de castigo tiene como consecuencias que las tendencias generales privatizadoras de la intervención penal se unan a los factores anteriores para relativizar la tradicional relación penal jurídico-pública, entre el Estado y el infractor, y plantear un conflicto triangular en el que la víctima del delito exige una compensación aflictiva del mal que se le ha infligido. El problema es que la posición de la víctima del delito es, por definición, una posición parcial y poco favorable a la racionalidad. Éste es uno de los factores que determina que la

(242) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 159.

(243) Pérez Cepeda, A.l., «Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código Penal de 2013», *Ars luris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 1, 2014, p. 27.

(244) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 159.

(245) Antón Mellón, J.; Álvarez Jiménez, G., y Pérez Rothstein, P. A., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», *op. cit.*, p. 49; Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho pena», *op. cit.*, pp. 41 y 42.

(246) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 164.

presión sobre el derecho penal esté favoreciendo fórmulas autoritarias que tienden a ampliarlo y a excluir a los delincuentes del sistema general de derechos individuales (247). De hecho, en la dinámica de confrontación creciente hay cada día más movimientos sociales de víctimas, reivindicando atención del Estado a sus causas y que se basan en la contraposición entre el «derecho de la víctima» al «derecho de los acusados», cargando un mensaje importante de que la víctima tiene derecho al castigo, trayendo de vuelta la idea de la pena únicamente con función de retribución (248).

No obstante, la constatación de que otorgar satisfacción a los intereses de la víctima no se puede erigir en el fin primario del proceso, no admite llevar a considerar que aquellos intereses resulten por completo ajenos al mismo. Así Tamarit Sumalla advierte de que no hay razón convincente para que la víctima del delito, pese a no ser titular del *ius puniendi*, no sea vista como portadora de intereses legítimos distintos al de un discutido y discutible derecho a castigar (249).

Respecto a la situación de los valores o principios constitucionales relativos a los fines de la pena, en la discusión actual sobre los fines de la pena, debe indicarse que la idea de resocialización sigue siendo el punto de referencia en el programa político criminal contemporáneo. Las críticas que este fin ha recibido impiden, ciertamente, configurarla como el fin único de la pena, pero no se ha puesto en tela de juicio que en el marco de la prevención general y, en concreto, en el momento de la ejecución de la pena privativa de libertad es necesario atender a objetivos resocializadores, aunque no sean los únicos (250). En este sentido, se acogen hoy mayoritariamente concepciones mixtas sobre la fundamentación de la pena, que tratan de compatibilizar las tesis retributivas y utilitarias cifrando aquella justificación en los fines preventivos de la pena, pero asimismo en un importante componente garantista –representado por los principios derivados de los derechos fundamentales del individuo y característicos de todo Estado demo-

(247) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, pp. 89 y 92.

(248) Abi Ackel Torres, H. *El discurso populista en la intervención punitiva: Un análisis político-criminal, op. cit.*, p. 340.

(249) Tamarit Sumalla, J. M., «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en Tamarit Sumalla, J. M. (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 32.

(250) Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *op. cit.*, p 201. Sobre este particular puede estudiarse la Sentencia del Pleno del TC núm. 150/1991, de 4 de julio («BOE» núm. 180, de 29 de julio de 1991, pp. 54 a 60).

crático– que sirve de limitación al extremo anterior; de modo que se admite sin problemas la restricción de la finalidad utilitaria de la intervención punitiva como una exigencia de respeto a las garantías del delincuente, y en particular a principios como el de proporcionalidad, culpabilidad, humanidad, etc. (251).

Si la opinión publicada en los medios considera que el actual sistema penal es insuficiente para satisfacer a las víctimas porque es excesivamente blando, es porque se parte de un derecho de las víctimas al castigo, que quedaría defraudado ante una pena –o medida–, excesivamente corta. Por ello, a juicio de García Arán, la tendencia natural en el seno de la sociedad y su concepción de «lo justo» es la compensación del mal producido por el delito, sin que haya sido superada por las distintas teorizaciones penales que, desde un punto de vista utilitarista, han intentado introducir una racionalidad distinta que mitigue o sustituya al puro sentimiento de venganza. Por ello, las instituciones de corte humanitarista que disminuyen el carácter aflictivo de la pena, especialmente en beneficio de la resocialización, cuentan con un frágil y relativo consenso social que se rompe cuando se desata la alarma social frente al delito, desembocando en la presión sobre las instituciones para que renuncien a los principios limitadores del poder punitivo (252).

Sin embargo, en relación con las distintas propuestas de la doctrina para incorporar los intereses de la víctima como fines de la pena expuestas por Gil Gil (253), cabe concluir que este sentimiento de justicia que la víctima necesita le lleva a reclamar un castigo al ofensor. Lo que a ella le importa es enviar al agresor el mensaje de lo inaceptable que ha sido su comportamiento, con la intención que no vuelva a repetirlo. Para conseguirlo, se considera que la imposición de una pena es la forma idónea porque conlleva beneficios a la víctima, como el de permitirle manifestar la injusticia vivida y que se le garantice la no repetición de ésta. Según Tamarit Sumalla (254), una vez conseguido, debe superarse la condición de víctima. Es decir, los profesionales deben ayudar a la persona a elaborar el sufrimiento como experiencia vital con el objetivo final de desvictimizar a la

(251) Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 822 y ss.

(252) García Arán, M., «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *op. cit.*, pp. 92 105.

(253) Gil Gil A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *op. cit.,* pp. 15 y ss.

(254) Tamarit Sumalla, J. M., «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *op. cit.*, p. 27.

persona, evitando que el estatus de víctima sea lo único que configure su identidad.

Pero si la prevención general positiva implica o debe consistir en la restitución de la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma que ha sido quebrada por el delito, la aplicación de penas desproporcionadas e impuestas sin respetar los principios garantistas del Derecho penal no consiguen aumentar la confianza de los ciudadanos. Por ello, la idea que subyace al punitivismo y que propugna la revisión generalizada del sistema de penas para ir incrementando su duración, sobre todo de las privativas de libertad, llegando incluso a establecer la prisión permanente revisable, parece contraria a esta visión de la prevención general positiva (255).

Puede afirmarse que el modo en que una sociedad debe enfrentarse a la realidad del delito o la noción misma de lo que es justicia es una cuestión estructural y cultural. El delito y el crimen forma parte de la realidad social y encuentra por ello en la cultura un poso acumulado de experiencias y prescripciones. Una realidad que históricamente se resolvía en forma de represalia o venganza (256).

A este respecto, conforme expone Alaminos-Fernández, resulta evidente que la justicia popular se encuentra latente en la cultura española, constituyendo una forma de justicia que se difunde gracias al papel de las víctimas en el sistema judicial actual, pues este poso cultural se activa en el momento en que las víctimas toman un papel central en la gestión del castigo. Así es una de las características

(255) Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *op. cit.*, p 202.

(256) Conforme expone Alaminos-Fernández: «En el caso de España los dos tipos de justicia, retributiva y restaurativa, se anclan ideológicamente en dos lecturas religiosas diferentes. Ambas procedentes de la Biblia, si bien centrándose en diferentes enfoques. La justicia popular refiere directamente a las prescripciones morales contenidas en el Antiguo Testamento. Es una justicia basada en la retribución, el castigo, la violencia y la venganza. La segunda noción de justicia, impartida por los jueces en base a la ley, se inspira en mayor grado en las nociones presentes en el Nuevo Testamento, donde se plantean ideas como el perdón, la templanza e incluso la segunda oportunidad como muestran los refranes que postulan perdonar una vez, castigando la reincidencia. Dentro del esquema jurídico para la aplicación de las penas, para la tesis retribucionista, la justicia retributiva es la única justicia, donde la pena es esencialmente castigo punitivo, mientras que, para la tesis de la prevención general, el castigo se aplica para desincentivar a futuros delincuentes, pero también para fortalecer la confianza en la justicia» (Alaminos-Fernández, P., «Las bases culturales del punitivismo en España», *op. cit.*, p. 29). En este trabajo también puede leerse una recopilación de refranes populares españoles sobre el delito y las penas muy interesante, en la medida en que éstos expresan un pensamiento moral, un posicionamiento cultural respecto a cuál deba ser el orden social, evaluando los diferentes puntos de vista y opiniones en relación al concepto de impartir justicia (pp. 25 y ss.).

definitorias en el populismo punitivo que los familiares de la víctima se conviertan en una categoría, un estatus social al que el dolor experimentado le concede una superioridad moral. Una vez adquirido el estatus de víctima se convierten en líderes de opinión y su intervención pública no se reduce a un tipo de crimen, sino que opinan y sentencian sobre cualquier delito. Siempre desde una perspectiva de incrementar el castigo y deshumanizar al sospechoso. Todas las víctimas se apoyan entre sí y entienden que la actividad del estado en respuesta a la violencia debe ser igual para todas las violencias independientemente de su origen o causas. El derecho que entienden tener para pedir endurecimientos de las penas surge de la categoría de ser víctima, no del origen del crimen. Por ello, la concesión de un mayor peso a la víctima conlleva el riesgo de introducir una privatización de la venganza en el Derecho penal; el dolor de las víctimas y su entorno exige una respuesta emocional por parte del derecho que en ocasiones tiene como satisfacción última la venganza personal a través del Derecho penal (257).

Es cierto que determinadas víctimas de delitos tienden a adoptar, a partir del impacto de una intensa experiencia victimizadora, una actitud psicológica de victimización antes que de superación de la misma. Con las emociones a flor de piel, su objetivo se centra en transmitir lástima por la situación padecida, para así poder satisfacer sus deseos de venganza y de reparación por el daño causado. Por tanto, su interés se centra no tanto evitar que el suceso se pueda volver a repetir en ellas o en otras personas, en prevenir futuras infracciones, sino principalmente en mantener una actitud vindicativa y egoísta (258).

En definitiva, se produce una tensión entre la racionalidad jurídica y la reivindicación emocional de las víctimas que desde el punto de vista de algunos juristas distorsiona tanto el procedimiento de legislación como la lógica doctrinal. El populismo punitivo engrana sobre los discursos tradicionales que propugnan una justicia popular, basada en el castigo y las emociones (259).

Pero para Alonso Rimo (260), si se acepta, en virtud del repetido carácter garantista del Derecho penal, el sacrificio de la finalidad pre-

---

(257) Alaminos-Fernández, P., «Las bases culturales del punitivismo en España», *op. cit.*, p. 28.

(258) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 39.

(259) Alaminos-Fernández, P., «Las bases culturales del punitivismo en España», *op. cit.*, p. 29.

(260) Alonso Rimo, A., «La víctima en el sistema de justicia penal I», *op. cit.*, pp. 311 y 313; Villacampa Estiarte, C., «La víctima en el sistema de justicia penal II», *op. cit.*, p. 401.

ventiva de la pena al objeto de tutelar los derechos fundamentales del delincuente, idéntica conclusión se hace preciso alcanzar cuando se trata de justificar la existencia de medidas de corte victimológico que conlleven una renuncia de esos mismos fines utilitarios toda vez que aquéllas estén dirigidas a salvaguardar derechos fundamentales del ofendido. Por ello, con mayor motivo, debe concluirse entonces que, en mayor medida, habrán de encontrar legitimación desde la óptica del derecho punitivo todas aquellas iniciativas de apoyo a la víctima que no implican menoscabo alguno de la reseñada función preventiva del castigo penal. Éstas últimas son, además, la mayoría, y también en general las más importantes desde el punto de vista de las necesidades reclamadas por las víctimas; nos referimos, fundamentalmente, entre otras, a las medidas de información, protección, asistencia (jurídica, psicológica, social…) y aseguramiento de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. También acentuar el protagonismo de la víctima como integrante del radio de proyección de la política criminal, particularmente en el sentido de fomentar, dentro de límites adecuados, políticas de prevención victimal. O, asimismo, cabría insistir en la necesidad de reforzar las políticas asistenciales en sentido amplio y, en general, de minimizar la victimización secundaria, en la dirección señalada por la legislación internacional en materia de derechos de las víctimas.

Por tanto, sería posible, y necesaria, la consolidación de un modelo de Justicia penal más sensible a las necesidades de las víctimas, pero a la vez respetuoso con los postulados esenciales del ordenamiento punitivo entendido en sentido moderno. En este sentido, que el sistema de garantías penales alcance también a la víctima no tiene por qué incidir en una ampliación de la esfera de lo punible ni en un detrimento indudables de la posición del delincuente, de forma que se desdibujen los términos de consecución logros que ha supuesto la evolución del derecho penal en de una justicia desapasionada plano pragmático y garantista. En un plano pragmático se puede sostener que, en vía de principio, las necesidades de las víctimas no colisionan con los derechos del imputado (261).

En definitiva, con arreglo a una comprensión del Derecho ajustada a nuestro modelo de Estado constitucional, y en virtud de la cual aquél debe contraerse a ordenar la convivencia externa de los ciudadanos del modo menos gravoso posible para sus derechos y libertades, puede afirmarse que deben ser respetados los derechos y libertades tanto del agresor como de la víctima, lo que implica que al concretar la función

(261) Alonso Rimo, A., «La víctima en el sistema de justicia penal I», *op. cit.*, p. 319.

de la pena la tutela de la víctima no puede obtenerse a cualquier precio, sino que ha de respetar también los derechos del delincuente (262), como así lo expresa la STS núm. 710/2000, de 6 de julio (263). Todo lo cual supondría la necesaria superación de la tradicional comprensión bilateral (delincuente-Estado) del sistema penal y la consiguiente incorporación al mismo de la figura de la víctima, y con ello de las relaciones víctima-Estado (264), pero inspirada por las directrices que dimanan de nuestro marco político-constitucional, es decir, dentro de los márgenes de respeto al carácter público y garantista del sistema penal (265).

5.4 **Las asociaciones de víctimas y la utilización política de sus demandas**

En el político-criminal, el movimiento social de las víctimas y, en concreto, las asociaciones de víctimas, se inicia, con un número importante de voluntariado entre sus filas, en Estados Unidos en los años 60, debido al aumento realmente preocupante de las tasas de delincuencia existente en dicho país y con el objetivo principal de establecer redes sociales de asistencia y ayuda a las víctimas de delitos. Una vez logrado el reconocimiento social, las metas de estos movimientos pronto se expanden hacia otro objetivo, a saber, reclaman que sea el Estado el que se implique más en el problema, com-

(262) Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, pp. 800 y 823.

(263) FD 3°: «Desde otra perspectiva ha de recordarse que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que el artículo 24.1° de la Constitución Española garantiza a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, impone un modelo de proceso penal respetuoso con los legítimos intereses de las víctimas del delito y que concilie o equilibre el respeto a las garantías de los imputados con el reconocimiento del protagonismo de la víctima en el proceso y de su derecho a la reparación del daño, moral y material, ocasionado por el ilícito penal. El proceso penal, en un Estado Social y Democrático de Derecho como el que consagra nuestra Constitución, debe configurarse como un instrumento de tutela de los valores constitucionales superiores que articule un sistema de garantías vertebrado en torno al artículo 24 de la Constitución Española, conciliador del respeto a los derechos fundamentales del imputado con la efectiva tutela de los legítimos intereses de las víctimas del hecho delictivo enjuiciado […]».

(264) Alonso Rimo, A., «La víctima en el sistema de justicia penal I», *op. cit.*, p. 323.

(265) Villacampa Estiarte, C., «La víctima en el sistema de justicia penal II», *op. cit.*, p. 400; Tamarit Sumalla, J. M., «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», *op. cit.*, pp. 29 y 30; Sempere Faus, S., *La participación de la víctima en el proceso penal y la victimización secundaria*, *op. cit.*, p. 68.

pensando económicamente a la víctima por el delito sufrido, y que adopte una serie de medidas encaminadas a satisfacer las necesidades de las víctimas, mejorando el trato insensible e injusto que recibe la víctima por parte del sistema penal y que se pongan de relieve las terribles consecuencias psicológicas que padecen algunas de ellas. No obstante, este movimiento social no se consolidaría hasta los años 80, adquiriendo a partir de la década siguiente una dimensión verdaderamente importante a través de asociaciones de víctimas bien organizadas, con líderes visibles, profesionalizadas y financiadas con dinero público y centrándose las demandas de estos grupos principalmente en aspectos relacionados con la reparación, la protección y la participación durante el proceso penal. (266).

El protagonismo de las víctimas es un rasgo definitorio del nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. En este contexto, los movimientos y asociaciones de víctimas interesados en impulsar un determinado programa político-criminal más rigorista se sirven de los medios de comunicación para hacer llegar su mensaje a la sociedad. Son los primeros interesados en magnificar el volumen, la extensión y la génesis de la delincuencia, en sobrevalorar el impacto psicológico y/o económico de la victimización y en obtener réditos del interés y del miedo generado y realzado por las noticias relacionadas con determinados delitos (267). En este sentido, puede afirmarse que el pensamiento del que se sigue la defensa de los intereses de la víctima a través del recrudecimiento punitivo y de la limitación de los derechos del victimario con carácter general no procede del ámbito de la victimología académica sino de los movimientos sociales de apoyo a las víctimas (268), pues como ha señalado García-Pablos de Molina, «nada más pernicioso hay que asociar la Victimología a una lectura antigarantista de la respuesta al delito» (269). De hecho, las asociaciones y víctimas individuales que más protagonismo adquieren tienen una actitud marcadamente punitiva y vengativa ante la delincuencia, pero cabe preguntarse si esta orientación es inherente al hecho de

(266) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, pp. 14-21; Sempere Faus, S., *La participación de la víctima en el proceso penal y la victimización secundaria*, *op. cit.*, pp. 43-45.

(267) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 35.

(268) Villacampa Estiarte, C., «La víctima en el sistema de justicia penal II», *op. cit.*, p. 400.

(269) García-Pablos de Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 113.

haber sido víctima de un delito o si se debe más bien a una manipulación mediática y política (270).

Según Díez Ripollés (271) la política criminal no está guiada por reflexiones complejas sobre las necesidades de la sociedad en este ámbito y los medios idóneos para satisfacerlas, sino por las demandas de las víctimas. Y no solo se refiere a los deseos realmente expresados por víctimas organizadas en asociaciones, sino también a «unas víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible», es decir, que las reformas penales no siempre se justifican por las demandas concretas de asociaciones de víctimas, sino que a veces los políticos aluden a las víctimas en general. Por su parte, Garland presenta una explicación del concepto de víctima simbólica: «la imagen simbólica de la víctima ha adquirido vida propia; así, en el debate político y en las discusiones sobre el diseño de la política criminal, juega un papel completamente autónomo frente a las reivindicaciones de las organizaciones de víctimas o las opiniones de las víctimas encuestadas. La víctima de la criminalidad ha dejado de ser un ciudadano desafortunado que sufre las consecuencias de un delito, y cuyos intereses son subsumidos por el "interés general" que guía el proceso y las decisiones penales» (272).

En este sentido, no todas las víctimas tienen la misma capacidad para incidir en la política criminal influyendo en las reformas de las leyes penales y para utilizar a los medios de comunicación para este propósito. De este modo, se han creado situaciones de desigualdad entre las víctimas asociadas que, ejercen un claro poder de presión para conseguir los objetivos propuestos, y aquellas otras víctimas anónimas, no organizadas y poco relevantes o difusas. Estos grupos de presión, por naturaleza o elección, carecen de la imparcialidad necesaria para ser objetivos, e intentan alcanzar sus objetivos a través de la influencia que puedan tener sobre los decisores públicos y sobre las instituciones legitimadas para ejercer el poder. En una realidad que la influencia política de estos grupos ha aumentado en los últimos años (273). Dos elementos han ayudado a la proliferación y el reforzamiento de las asociaciones de víctimas en España, el primero es el bipartidismo, pues en los Estados con dos partidos nacionales podero-

(270) Castaño Tierno, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *op. cit.*, p. 619.

(271) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 1-34, pp. 9-10.

(272) Garland, D., *The culture of control: crimen and social order in contemporary society, op. cit.*, pp. 218-219.

(273) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, pp. 35-38.

sos es más probable que el gobierno se deje influir por los lobbys (274). Un segundo elemento es la integración de estas asociaciones en redes internacionales (275).

Por tanto, existe una evidente relación entre víctimas y punitivismo como resultado del protagonismo de los grupos de presión de víctimas. Tal circunstancia deriva de dos riesgos, conforme señala Cerezo Domínguez (276), el primero de carácter psicológico, consistente en que el discurso victimista y vengativo que a menudo defienden las asociaciones dificulta la superación del trauma del delito. En segundo lugar, la manipulación de las víctimas por parte de partidos políticos. La relación entre ambos actores es bidireccional: por un lado, el legislador justifica sus reformas penales punitivistas aludiendo a los deseos de las víctimas; por otro, políticos interesados en encubrir las deficiencias del sistema penal.

Sin embargo, la presencia de estas asociaciones en el ámbito de la justicia penal no debe demonizarse ya que no solo es una exigencia del principio democrático, sino que también tiene en muchos casos efectos positivos sobre las víctimas y sobre el conjunto de la sociedad (277). No obstante, la deriva punitivista de muchas de ellas las ha convertido en un lobby al servicio de una política criminal represiva e irracional, más preocupado por el castigo de los delincuentes que por la recuperación de los perjudicados por los delitos. Las víctimas son las que mejor conocen sus necesidades y en ese ámbito el legislador debería escucharlas, pero estas asociaciones no son infalibles y la política criminal no debe estar guiada por sus demandas, sino por el interés general de la sociedad y por los principios del Estado social y democrático de Derecho. La exploración de fórmulas de participación de las víctimas en el sistema penal sin reforzar el populismo punitivo es una de las responsabilidades que tienen los penalistas (278).

---

(274) Lappi-Seppälä, T., «Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª época, núm. 90, 2006, pp. 121-158.

(275) Castaño Tierno, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *op. cit.*, p. 622.

(276) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, pp. 38-46.

(277) Castaño Tierno, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *op. cit.*, pp. 623 y 624.

(278) Castaño Tierno, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *op. cit.*, pp. 623 y 624.

Asimismo, el asociacionismo puede favorecer el fomento del victimismo y, por consiguiente, la instalación en la victimización. En segundo lugar, al estar al servicio de los decisores políticos estas asociaciones corren el riesgo de terminar siendo manipuladas por el propio poder establecido. Ya Fattah en los años 80, en relación a los movimientos de víctimas de los Estados Unidos, aludía a que sus reivindicaciones vindicativas eran fácilmente objeto de manipulación política (279). Mostrando interés por las víctimas de delitos los poderes públicos actúan encubriendo la ineficiencia del sistema y su incapacidad para prevenir la victimización, al mismo tiempo que los recursos y el interés del Estado se desvían hacia las demandas de las víctimas repercutiendo en un detrimento de las necesarias políticas de prevención. Es más rentable emplear el dinero estatal en las demandas asistenciales de las víctimas que en invertirlo en políticas preventivas dirigidas a eliminar las raíces del problema social, pues los partidos políticos han encontrado en el discurso victimal un buen filón para lograr audiencia popular y, en definitiva, para obtener más votos (280).

Es necesario recordar que el Derecho penal tiene que estar al servicio de unas necesidades políticas, eso es innegable. Luego, la utilización peyorativa del concepto politización del Derecho penal no se extrae del término «político», sino de las consecuencias que se derivan de la sustitución de las reglas propias de esta rama del ordenamiento jurídico por las reglas ordenadoras del mercado político. En una palabra, el sometimiento a los fines de la política estatal no genera *per se* una degradación del Derecho penal. Ésta tiene lugar únicamente cuando sus estructuras son suplantadas por las leyes de la demanda social y la oferta política, es decir, por las leyes del mercado electoral. (281)

Por otra parte, la ambición de las asociaciones, que ven paulatinamente logrados sus objetivos, puede llegar a ser insaciable. Ello puede llevar a que, por un lado, pretendan monopolizar el discurso de las víctimas y, por otro, que surja la competitividad entre asociaciones de víctimas por ganar notoriedad en el espacio público por tener un mayor protagonismo que las demás en la agenda política (282).

---

(279) Fattah, E., «Victimology: Past, Present and Future», *Criminologie,* vol. 33, n°. 1, 2000, p. 40.

(280) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, pp. 40 y 41.

(281) Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *op. cit.*, p. 43.

(282) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, pp. 38 y 39.

Estas entidades de apoyo a las víctimas y las propias asociaciones de víctimas deberían comenzar por cambiar su discurso cargado de victimismo y dirigir sus objetivos a ayudar a las víctimas a superar el trauma. Convendría que retornaran a sus objetivos originarios de apoyo a las víctimas a afrontar su situación desde la comunicación, el trabajo solidario, la elaboración del duelo y, sobre todo, la sublimación de instintos de venganza mediante el acometimiento de objetivos social y personalmente provechosos. No es criticable la presión política ejercida para hacer llegar sus inquietudes y necesidades o para lograr que se hagan efectivas acciones sociales de apoyo, indemnización o reconocimiento, pero siempre que vaya enfocada principalmente hacia fines de prevención de la delincuencia, de resolución de conflictos, y no hacia planteamientos basados en la irracionalidad vindicativa (283).

5.5 **Las víctimas y la Política criminal**

En la actualidad, la presencia y la mediatización de ciertas formas de delincuencia y la respuesta penal que debe darse a las mismas suscitan tanto la atención de la audiencia como fuertes debates públicos. Estos suelen llevar aparejada como oferta o como demanda política la reforma del ordenamiento penal en términos de aumento o ampliación de tipos delictivos, supuestos punibles o penas previstas. En estos debates resulta frecuente que se esgrima, como justificación de las propuestas de endurecimiento de la política criminal, la existencia de altos niveles de respaldo ciudadano a penas más severas que, con frecuencia, son solo supuestos o fruto de encuestas o de reportajes sensacionalistas de los «mass-media» o de mediciones poco rigurosas (284).

El verdadero peligro para alteración de los fundamentos del proceso de creación de las normas penales lo constituye la tendencia en auge consistente en que la víctima, de un modo directo o indirecto, participe en el proceso de reflexión y creación de la norma, propiciando que pueda desempeñar un papel importante a la hora de configurar los sistemas de sanciones. Esa participación ha generado una traslación en el proceso de reflexión de la norma y sus componentes que lo aleja del método científico que debe inspirar la metodología de

(283) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 94.

(284) Pozo Cuevas, F.; Caro Cabrera, M. J.; López Menchón, A., y Navarro Ardoy, L., «Formas de pedir castigo penal. Expresiones del punitivismo según grados de especificidad», *op. cit.*, p. 1; Morales Prats, F., «Crítica del populismo punitivo: por una justicia penal impopular», *op. cit.*, p. 356.

las ciencias jurídicas, en concreto de la ciencia jurídica penal, pues el marco general del sistema de valores constitucionales, así como la traslación de los conocimientos estadísticos y objetivos que proporciona la Criminología y que deben ser asumidos por la Política criminal, sucumben al conceder un peso tan específico y tan consciente a los planteamientos vindicativos y punitivistas que subyacen a la postura de la víctima *ex post delicto*. Dichos planteamientos carecen, por tanto, de un fundamento científico que los sustente, carecen de un contraste objetivo basado en una metodología estadística, objetiva, cuanto menos histórica o mínimamente reflexiva (285).

La legitimidad de las víctimas deriva de que pueden ofrecer su propia experiencia como víctimas de delitos, directas o indirectas, sin que necesiten aspirar a que su intervención suponga una aportación científica o experta en la materia (286). El manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate político-criminal ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos, imponiéndose un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifican cualesquiera posturas que conlleven una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata. El afán por satisfacer, antes y más que la competencia, las máximas demandas populares ha metido a los partidos políticos mayoritarios en una absurda carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen, y a una sorprendente proximidad de propuestas político-criminales, que a alguno de ellos le supone la pérdida de su identidad ideológica (287).

Y es que, finalmente, lo que se ha producido es una inversión de papeles: Es ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad, son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de los intereses públicos; éstos deben personalizarse, individualizarse, en demandas concretas de víctimas, grupos de víctimas, afectados o simpatizantes. El principio de neutralización ha modificado su curso, pues a las víctimas se les encomienda la tarea de asegurar que argumentaciones complejas y matizadas de los poderes públicos, que pretendan abarcar intereses sociales contrapuestos, sean mantenidas lo suficientemente alejadas como para que no interfieran en la adecuada satisfacción de los intereses de los

(285) Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *op. cit.*, pp. 208 y 209.

(286) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op. cit.*, p. 38.

(287) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 12

directamente afectados por el delito (288). O, como destaca Corcoy Bidasolo, la incorporación privilegiada de los enfoques de las víctimas, desequilibran la relación entre los diferentes actores, pues el delincuente no responde ya ante el Estado y es el Estado el que se ve obligado a responder ante las víctimas. Una respuesta que se desliza hacia lo punitivo y la venganza (289).

Los operadores políticos colocan a las víctimas y a sus familiares en un primer plano y se les insta incluso a que diseñen o dirijan la política criminal en un determinado momento. La utilización de las victimas ha sido patente en el caso de España en los últimos años y familiares de víctimas de delitos atroces han pasado incluso a integrar las listas de algunos partidos políticos en las elecciones generales: una falta de responsabilidad de los dirigentes políticos que se aprovechan de la situación de quien ha pasado por un hecho traumático para cargar sobre ellos el enorme peso de diseñar la política criminal, aprovechando la situación para ignorar y denostar a los expertos (290). Pues, como bien decía Vives Antón, poner a las víctimas como eje de la política criminal es un error ético, pues o es exigirles una imparcialidad y objetividad imposible para ellas o es plegarse a una idea de la justicia distinta de la que debería imperar en una sociedad racional (291).

Por ello, si se atribuye a las víctimas la elaboración, desde su posición, de la Política criminal de un país, en su diseño es lógico que miren en exclusiva por sus intereses, pero lo que sucede es que una Política criminal anclada en exclusiva en los derechos de las víctimas conlleva irremediablemente a un sistema perverso y anacrónico, que ignora los fundamentos del principio de culpabilidad, algo que ha sucedido ya en otros países, como Estados Unidos (292).

En este sentido, se alega que el hecho que la Política criminal de un Estado responda al sentir mayoritario de la ciudadanía no debe, considerarse erróneo ni perverso pues, debe, de un lado, reflejar y codificar el sentir mayoritario de la sociedad a la que protege, consagrando los valores, derechos y libertades que se consideran funda-

(288) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, p. 10.

(289) Corcoy Bidasolo, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos fundamentales. Universidad Viña del Mar*, núm. 8, 2012, p. 46.

(290) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 153

(291) Vives Antón, T. S., «La dignidad de todas las personas», *El País*, 30 de enero de 2015.

(292) Borja Jiménez, E., Curso de Política Criminal, *op. cit.*, p. 71.

mentales en cada época; y de otro, ofrecer una respuesta que se aprecie socialmente como correcta y adecuada frente a la lesión sufrida por la víctima o víctimas del acto delictivo (293). Desde esta posición, lo realmente importante es que esa opinión pública (que no opinión publicada) mayoritaria, que respalda e incluso incentiva las directrices de la política criminal del Estado, esté bien formada, y cuente con información veraz, completa, y no intencionadamente distorsionada (294).

Es cierto que una fórmula para combatir el populismo punitivo, eliminarlo o, al menos, reducirlo a su mínima expresión, consiste en hacer uso de la evidencia científica existente sobre la realidad delincuencial; una fórmula que habrá de enmarcarse dentro de todo un proceso racional de elaboración de leyes penales y cuyo punto de partida es la propia existencia de una evidencia científica de calidad. Además, la evidencia empírica debe ser, además, accesible a los *policymakers* y, en general, a la ciudadanía. Ello permitirá a los operadores políticos diseñar las correspondientes políticas basadas en la evidencia, y ello permitirá también a los ciudadanos formarse una opinión informada y no basada en una manipulación de la realidad delincuencial, para, posteriormente, pedir una redición de cuentas a los operadores políticos (295).

Sin embargo, en nuestra opinión, no bastaría con la evidencia científica puesto que, aunque la evidencia científica mostrara un aumento de la criminalidad, ello no justifica *per se* el recurso al punitivismo (el mero endurecimiento de las penas); ni tampoco la mera existencia de mayoría en la ciudadanía (opinión pública) para aprobar una determinada norma penal puede suponer suficiente legitimación para su adopción. Y ello es así porque, por un lado, no ha demostrado la Criminología, en general, que un endurecimiento de la respuesta penal tenga efectos preventivos en la delincuencia, y de otro, y más importante, porque incluso aunque tal recrudecimiento se mostrara eficaz en la prevención de la delincuencia, no debe olvidarse que toda política criminal tiene un límite infranqueable, como señaló Von Liszt, en el Derecho penal. En concreto, en todo un conjunto de principios y garantías, hoy reconocidos incluso constitucionalmente y que tienen

(293) Rius Alarcó, C., «Política criminal y populismo punitivo: ¿la evolución hacia un derecho penal más gravoso para el reo?, en Martínez Patón, V., Martínez Galindo, G. (dirs.), *Cincuenta reformas penales Análisis de las reformas del Código Penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 26.

(294) Rius Alarcó, C., «Política criminal y populismo punitivo: ¿la evolución hacia un derecho penal más gravoso para el reo?, *op. cit.*, p. 22.

(295) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 162.

como un trasfondo último los derechos inherentes a las personas, y en particular, en su dignidad. Se trata, por tanto, de que, en el Derecho penal, habrá límites infranqueables, principios irrenunciables, que ninguna política criminal podrá rebasar, y que hoy encuentran respaldo constitucional (principio de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad, de resocialización) y se asientan, el último lugar, sobre la dignidad del ser humano, «fundamento del orden político y de la paz social», como señala el artículo 10.1 CE. Por todo ello, no cualquier política criminal puede justificarse, aunque ella conllevara, efectivamente, una reducción de la criminalidad (296).

Otra estrategia prometedora para frenar el populismo punitivo es prevenir una excesiva desvinculación entre las instancias sociales que adoptan las decisiones político-criminales y las encargadas de ejecutarlas. Parece estar bien demostrado que cuantas menores responsabilidades se tienen en la puesta en práctica de las leyes o reglamentos penales, más fácilmente se establecen regulaciones de carácter simbólico, políticamente ventajosas para quienes las aprueban y demoledoras de la capacidad de gestión para quienes han de aplicarlas. Esta separación es especialmente peligrosa dentro de los diferentes niveles del poder ejecutivo donde la actual tensión entre el gobierno central y las comunidades autónomas en el desarrollo de las últimas reformas procesales y en la dotación de medios a la administración de justicia es un buen ejemplo de ello (297).

Por todo ello, el peligro del populismo punitivo es que al final se deja de apreciar que el delito no era el principal problema, sino que realmente lo era, la sensación subjetiva de inseguridad que ha justificado el acceso de medidas preventivas de carácter represivo que con certeza recortan los derechos de los ciudadanos y que, además, no necesariamente actúan sobre las fuentes de esos temores, sino simplemente a paliar los síntomas (298).

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El nacimiento del Derecho penal moderno se vinculó históricamente a la neutralización de la víctima en el proceso. Este desplaza-

(296) Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, *op. cit.*, p. 93 y 167.

(297) Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 33 y 34.

(298) Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *op. cit.*, p. 42.

miento, lejos de constituir un agravio para el ofendido, representó una garantía civilizatoria fundamental. Al sustraer el castigo de la esfera de la venganza privada y atribuir al Estado el monopolio de la violencia legítima, se posibilitó la racionalización del sistema de penas. El proceso penal moderno se estructuró bajo la premisa de que la reacción ante el delito debe proteger los intereses colectivos de la sociedad, orientando la sanción no solo a la retribución, sino a la prevención general y a la resocialización del infractor. Sin embargo, el redescubrimiento de la víctima por parte de la victimología proactiva a partir de la segunda mitad del siglo xx ha sido asimilado de manera disfuncional por las corrientes punitivas, que plantean una relación de suma cero en la que la ampliación de los derechos de las víctimas exige el recorte de las garantías de los delincuentes.

Las consecuencias biopsicosociales del delito sobre el ofendido comprenden la denominada victimización primaria, caracterizada por la quiebra de la seguridad personal y la aparición de sentimientos de humillación, temor e injusticia. No obstante, la victimología científica advierte que el contacto con el aparato de justicia penal puede generar una victimización secundaria, a menudo más lesiva que la primaria, debido al trato insensible, la estigmatización social y la instrumentalización del dolor por parte de los medios de comunicación y las instituciones. La confluencia de ambos procesos deriva en una victimización acumulada que no solo dificulta la recuperación del sujeto, sino que incrementa su desconfianza en el sistema de justicia y puede exacerbar actitudes punitivas.

La investigación psicológica demuestra que las necesidades reales de las víctimas difieren sustancialmente del deseo de infligir sufrimiento físico o crueldad al agresor. El interés prioritario de la víctima radica en el reconocimiento de su dignidad, el apoyo emocional, la reparación del daño y la transmisión de un mensaje normativo al infractor orientado a la evitación de la reincidencia.

El reconocimiento de los derechos de las víctimas ha experimentado una evolución normativa ascendente en el plano internacional y europeo, cuya Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo fue transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD), una norma que codificó de forma extensa los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas. Sin embargo, la introducción de las facultades de intervención de la víctima en la ejecución de la pena privativa de libertad, contempladas en el artículo 13 de la LEVD, representa una de las modificaciones más controvertidas de la legislación española. Mientras que la directiva europea se limitaba a configurar un

deber de información y notificación ante la fuga o excarcelación del condenado en supuestos de riesgo real, el legislador español confirió a las víctimas participación activa y pasiva en el ámbito penitenciario.

Esta intervención resulta ajena al sistema tradicional de ejecución penal regulado por la LOGP, cuyo modelo de «individualización científica» sitúa al penado como único destinatario de la intervención penitenciaria para favorecer su reeducación y reinserción social. Permitir que las víctimas influyan en la concesión de permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional introduce lógicas vindicativas en decisiones de carácter eminentemente técnico y resocializador, elevando el riesgo de denegaciones de beneficios por motivos puramente espurios o de presión mediática, lo cual puede suponer una manifestación de populismo punitivo.

La crisis del modelo penal garantista y la aparente incapacidad de sus estructuras clásicas para gestionar las complejas demandas de control social en la modernidad tardía han propiciado el surgimiento y consolidación del denominado populismo penal. Este modelo político-criminal se caracteriza por una instrumentalización de las demandas de las víctimas del delito que distorsiona las aportaciones científicas de la victimología para construir debates sociales carentes de base empírica. A través de la mediatización de la política criminal, diversos agentes políticos, mediáticos y asociativos promueven reformas legislativas que con frecuencia vulneran los principios esenciales del *ius puniendi* en un Estado de Derecho, asumiendo una concepción meramente represiva del control social.

Desde una perspectiva teórica, el populismo punitivo se fundamenta en la instrumentalización de la inseguridad ciudadana y el miedo al delito para articular políticas de control social segregadoras y represivas. Bottoms acuñó el término para describir la explotación del Derecho penal por parte de los gobernantes con fines electoralistas, partiendo del dogma de que el agravio cuantitativo de las penas reduce el crimen y robustece el consenso moral. Este fenómeno se asienta sobre la crisis del modelo de «Derecho penal mínimo» y la quiebra del paradigma resocializador que imperó en las décadas de 1960 y 1970.

La legitimación teórica de estos modelos de máxima intensidad se aproxima conceptualmente al «Derecho penal del enemigo». En esta construcción dogmática, el estatus de persona se condiciona a la aportación de garantías cognitivas de comportamiento conforme a la norma. Quien destruye estas expectativas de manera persistente es considerado un peligro extremo para la paz social, justificando que el Estado actúe mediante técnicas de combate físico e inocuización en detrimento de sus derechos fundamentales. En el ámbito político, esta

ideología se traduce en el «modelo penal de la seguridad ciudadana», el cual promueve la transferencia de los costes del riesgo delictivo de la sociedad al propio infractor, asumiendo postulados de libre albedrío desprovistos de contexto social para eludir el análisis de las causas estructurales de la criminalidad.

La mediatización de la agenda legislativa penal, propicia que la norma se diseñe en un canal directo y sin intermediarios entre operadores políticos, medios de masas y demandas emocionales de grupos de presión victimológicos. El arrinconamiento de los núcleos académicos y profesionales de reflexión para eludir argumentaciones dogmáticas complejas fomenta un debate uniforme, simplista y plagado de posverdad, lo que da lugar a leyes técnicamente deficientes y de carácter marcadamente simbólico orientadas de forma prioritaria a la captación de réditos electorales.

La formulación de políticas públicas en el ámbito de la justicia criminal debería responder al paradigma de las políticas basadas en la evidencia (*evidence-based policy*), sustentadas en datos recopilados conforme al método científico a través de estadísticas oficiales, encuestas de victimización e informes de delincuencia auto-revelada. Sin embargo, la evolución legislativa en España muestra un distanciamiento crónico respecto a los datos reales de criminalidad.

El estudio empírico de Cid Moliné y Varona Gómez sobre la evolución de la tasa de encarcelamiento y las dinámicas penitenciarias en las últimas décadas ilustra de manera diáfana las contradicciones de la política criminal española. Así, la contracción de la población reclusa en España entre 2010 y 2022 demostró que la reducción del encarcelamiento fue posible gracias a decisiones procesales y penológicas tales como un menor empleo de la prisión provisional y el éxito de las alternativas a la reclusión. No obstante, el repunte punitivo iniciado en 2022 evidencia la detención de este ciclo de excarcelación. La explicación de este cambio de tendencia radica en la reforma del Código Penal de 2015, que desnaturalizó la libertad condicional. Al configurarla como una modalidad de suspensión de la pena, el legislador desincentivó a los penados de su solicitud, pues el quebrantamiento de las condiciones de la libertad condicional ya no suponía el reingreso para cumplir el saldo restante, sino la pérdida absoluta de todo el tiempo transcurrido en libertad. Ello, sumado a un repunte en el volumen delictivo general y a un incremento del 71,7 % en los delitos contra la libertad sexual registrados judicialmente, ha relanzado las tasas de encarcelamiento, consolidando la reclusión efectiva en detrimento de la reinserción.

El debate académico en torno a la expansión cuantitativa y cualitativa del Código Penal español (que acumula ya cincuenta y dos reformas entre 1995 y 2026) evidencia una profunda fractura dogmática. Por un lado, las corrientes críticas denuncian que la sucesión desordenada de reformas ha desfigurado el denominado «Código Penal de la democracia». Por otro, sectores de la dogmática justifican la modernización de los tipos penales para dar respuesta a los riesgos de la sociedad tecnológica y a las nuevas exigencias de protección de bienes jurídicos intangibles.

La investigación empírica mediante metodologías sofisticadas de encuesta deliberativa y la técnica del «caso escenario» acreditan el desmantelamiento metodológico del «mito del punitivismo», pues evidencia que la demanda punitivista de la sociedad es fundamentalmente abstracta y fruto del desconocimiento técnico. Cuando los ciudadanos acceden a información precisa y contextualizada sobre las circunstancias del hecho y las características del infractor, sus juicios penológicos se moderan sensiblemente, alineándose con las decisiones de la magistratura y expresando un apoyo mayoritario a las penas alternativas y al principio resocializador.

Esta influencia de la formación en la atenuación de las actitudes punitivas se confirma empíricamente en el estudio de Cano Paños y Calvo Alba sobre estudiantes universitarios del grado de Derecho. Su investigación constató que mientras los alumnos de primer curso de carrera –cuya percepción de la delincuencia depende de los medios de comunicación– manifiestan un punitivismo equiparable al de la ciudadanía lega, los alumnos de cuarto curso muestran una reducción apreciable de tales actitudes. La progresiva asimilación de conceptos jurídicos de carácter procesal, dogmático y constitucional relativos a los derechos fundamentales y los fines resocializadores de la pena atenúa la emotividad del juicio punitivo, evidenciando que una ciudadanía formada en el funcionamiento del derecho es menos dócil ante los discursos arbitrarios del poder.

El otorgamiento de un excesivo peso representativo a los discursos emocionales de las víctimas corre el riesgo de reactivar un poso de «justicia popular» latente en la cultura de base retributiva y vindicativa. Atribuir una supuesta «superioridad moral» al estatus de víctima para dictar o condicionar el diseño de las penas distorsiona la racionalidad del sistema, transformando el proceso judicial en un juego de suma cero donde el castigo se entiende de forma regresiva como un derecho privado de venganza amparado por el Estado.

Los medios de comunicación de masas actúan como un factor determinante en la consolidación del populismo penal mediante la construc-

ción y difusión de una imagen distorsionada de la delincuencia. A través del proceso de *agenda-setting*, los medios seleccionan de manera desproporcionada los sucesos criminales más atroces y excepcionales, presentándolos como manifestaciones cotidianas de inseguridad.

La instrumentalización de las víctimas y la proliferación de sus asociaciones como grupos de presión e influencia política ha modificado el curso tradicional del proceso legislativo penal. En España, la consolidación del bipartidismo y la integración en redes de influencia internacional favorecieron la transformación de algunas asociaciones de víctimas en auténticos *lobbys* de presión legislativa orientados a la exigencia de un recrudecimiento penal indiscriminado. Esta dinámica entraña graves riesgos:

1.º Riesgo psicológico para la propia víctima: El fomento de discursos victimistas y de venganza emocional ancla al sujeto en el trauma, dificultando su cicatrización emocional y su reincorporación social activa, al hacer de la condición de víctima el eje central de su identidad personal.

2.º Manipulación y encubrimiento político: El poder político utiliza las demandas de las asociaciones de víctimas para justificar reformas punitivas electoralistas y para enmascarar la ineficiencia del Estado en la prevención estructural del delito. Resulta políticamente más rentable y económico derivar fondos públicos a partidas asistenciales simbólicas que invertir en políticas sociales complejas que atajen las raíces socioeconómicas de la delincuencia.

3.º Monopolio del discurso y empobrecimiento técnico: La elevación de los familiares de víctimas de delitos graves a la categoría de líderes de opinión con una supuesta «superioridad moral» devalúa el debate técnico de la política criminal. Las argumentaciones dogmáticas abstractas y de carácter garantista son denostadas de manera despectiva, relegando las propuestas de los expertos penales en favor de dictados normativos impulsados por las emociones de las víctimas directas.

Es un espejismo creer que el Derecho penal sea la solución a los problemas de la criminalidad, así como es una ilusión creer que este fenómeno pueda suprimirse, es una ficción acabar con la inseguridad ciudadana, porque esta pervivirá mientras existan las sociedades y sus carencias; a lo que podemos aspirar es a disminuir la criminalidad o a buscar que los delitos causen el menor daño posible a los intereses individuales y sociales. Por ello, es deseable que el proceso penal pierda definitivamente su carácter vindicativo contra el delincuente y que adquiera un talante de justicia igualitaria, dialogal, regulada por el

poder, cercana, del victimario con sus víctimas directas e indirectas, tendente a reparar a éstas y a repersonalizar a aquél, bajo el control o con la ayuda de una persona y/o institución mediadora, próxima, a las dos partes (299).

La Victimología puede cumplir un importante papel si se plantea como uno de sus objetivos el aportar a los movimientos sociales províctimas un conocimiento de base científica sobre los procesos de victimización, al objeto de permitir una adecuada gestión de la prevención por parte de los poderes públicos y de los agentes sociales. La reintegración del ofensor y la protección de la víctima, a diferencia de lo que se pueda pensar, son objetivos compatibles y elementos básicos de una política criminal socialmente constructiva. No obstante, el discurso del populismo penal equipara erróneamente los legítimos intereses victimológicos con un supuesto «derecho al castigo» o «derecho a la pena» que carece de cobertura constitucional o legal en el ordenamiento español, distorsionando el proceso de desvictimización al perpetuar la condición de víctima y canalizar impulsos vindicativos a través de las leyes penales.

La necesidad de evitar la victimización secundaria tiene su justificación en el respeto a la dignidad de las personas, pero también en que el sistema judicial penal sea efectivo y, en gran medida, es necesaria la cooperación de la víctima para que el proceso se desarrolle conforme a su finalidad de encontrar la verdad. Así, las víctimas son las que mejor conocen sus necesidades y en ese ámbito el legislador debería escucharlas, articulando políticas de prevención victimal o políticas asistenciales y de protección dirigidas a minimizar los efectos contraproducentes que puede conllevar la victimización secundaria y a fomentar que puedan iniciar cuanto antes una vida normal y recuperarse del trauma sufrido.

En nuestra sociedad, habría que apelar al sentido de responsabilidad de todos los operadores jurídicos, políticos y mediáticos para que no utilicen el Derecho penal y el miedo al delito con fines electorales, partidistas o simplemente lucrativos. Los poderes públicos deberían sustraerse a esas demandas sociales que, en no pocos casos, responden a falsas creencias; lo que tendrían que hacer es promover una política social de mayor carácter preventivo, y un incremento del gasto social, lo que significa también atajar el problema de la delincuencia desde sus causas y no a partir de los síntomas.

Es necesaria la desvinculación entre las lógicas del debate político-criminal y el sensacionalismo. Por ello la superación del popu-

(299) Beristain Ipiña, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, *op. cit.*, p. 85.

lismo punitivo exige una estrecha cooperación entre la investigación criminológica científica y el diseño de las políticas públicas *(evidence-based policy).* El legislador penal debe renunciar al empleo demagógico del «Derecho penal simbólico» y del «efecto escaparate» destinado a conformar creencias virtuales de seguridad en la opinión pública.

Las estadísticas sobre la delincuencia son un instrumento muy valioso en la investigación criminológica, así como los otros instrumentos de medición del delito, por la información que proporcionan, por lo que hay que conseguir que mejore la elaboración de las estadísticas criminales, ya que son fundamentales para el desarrollo de la Criminología y esenciales para el diseño de una Política criminal acorde con la realidad delictiva. Sin embargo, se desconoce cuáles son las necesidades reales de las víctimas, es decir, se carece de estudios empíricos que reflejen las opiniones de las víctimas de delitos en relación a sus intereses. Esto ha conducido a proponer o a poner en marcha campañas de protección o de asistencia a víctimas basadas en asunciones que, estando influidas por orientaciones políticas o ideológicas, no han reflejado necesariamente los deseos y necesidades de las víctimas, ni responden o están respaldadas por los resultados de investigaciones al respecto.

Por todo lo anterior, es de gran importancia la realización de investigaciones que indaguen sobre los factores que producen victimización secundaria en las víctimas, sobre su satisfacción con el sistema penal, si el temor a ser victimizadas por las instituciones influye en la decisión de las víctimas sobre interponer denuncia (300).

La formulación de la política criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho no puede quedar supeditada a las leyes de la oferta política y la demanda social representadas por los intereses del mercado electoral. Por ello podemos afirmar que una política criminal victimológicamente apropiada ha de estar inspirada por las directrices que dimanan de nuestro marco político-constitucional, en el que, como se comprobó al fijar el fundamento penal de las medidas victimológicas, tiene también cabida la consideración de la figura de la víctima dentro de los márgenes de respeto al carácter público y garantista del sistema penal. Solo sobre estas bases resulta posible dibujar la necesaria conexión entre víctima, delincuente y sociedad.

La tutela de los derechos de las víctimas y la atenuación de la victimización secundaria son objetivos irrenunciables de un sistema

(300) Sempere Faus, S., *La participación de la víctima en el proceso penal y la victimización secundaria*, *op. cit.*, p. 151.

penal democrático. No obstante, esta protección no debe articularse a costa de los derechos constitucionales de los infractores. Una política criminal racional debe potenciar las medidas de asistencia, protección e indemnización civil de las víctimas, sin alterar la naturaleza pública del proceso penal ni permitir que la justicia retroceda hacia modelos medievales de venganza privada legitimada por el Estado.

Por tanto, de la relación estrecha que debe existir entre la Política criminal, la Criminología, y el Derecho penal, debe emerger una ley penal con niveles de racionalidad aceptable al tener en cuenta la realidad social, la realidad jurídica, los efectos que se pueden ocasionar en esas realidades al tomarse la decisión legislativa, considerando siempre los valores que establece el artículo 10 CE y también respetando la finalidad perseguida con el cumplimiento de las penas privativas de libertad recogido en el artículo 25. 2 CE. Por ello, deben explorarse fórmulas de participación de las víctimas en el sistema penal sin reforzar el populismo punitivo.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abi Ackel Torres, H., *El discurso populista en la intervención punitiva: Un análisis político-criminal,* Tesis Doctoral Inédita, Universidad de Sevilla, 2017.

Acale Sánchez, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Editorial Reus, Madrid, 2006.

— «Sobre el fundamento de las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género en materia penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 327-358.

Aizpurúa González, E., y Fernández Molina, E., «Opinión pública hacia el castigo de los delincuentes: la importancia del delito cometido», *Boletín Criminológico*, núm. 161, enero-febrero 2016, pp. 1-6.

Alaminos-Fernández, P., «Las bases culturales del punitivismo en España», *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 19, núm. 1, 2024, pp. 17-32.

Alba Figuero, M. C., «Derechos, facultades y posibilidades jurídicas de la víctima del terrorismo en el actual marco del proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2208, mayo 2018, pp. 3-58.

Alonso Rimo, A., «La víctima en el sistema de justicia penal I», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., Tamarit Sumalla, J. M. (coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. pp. 307-344.

Antón Mellón, J.; Álvarez Jiménez, y G., Pérez Rothstein, P. A., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 9, 2015, pp. 32-61.

— «Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 43, marzo 2017, pp. 3-26.

Antón-Mellón, J., y Anton Carbonell, E., «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)», Revista internacional de pensamiento político, núm. 12, 2017, pp. 133-150.

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*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 201-232.

— «De nuevo sobre la participación de la víctima en la ejecución penal», en Soleto Muñoz, H., Carrascosa Miguel, A. (dirs.), Justicia restaurativa*: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 307-342.

Baixauli Fernández, A., «Las disfunciones de las facultades de intervención de la víctima en la ejecución penal: especial referencia al conflicto con la resocialización del delincuente», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 49, 2026, pp. 1-55.

Baratta, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 37-55.

Barberet, R. Fisher, B. & Taylor, H., «University student safety in the East Midlands», *Home Office Online Report*, 61/04, 2004, pp. 1-76.

Barona Vilar, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Baucells Lladós, J., y Peres-Neto, L., «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», en García Arán, M., Botella Corral, J. (dirs.) *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 109-151.

Beck, U., «De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica», *Revista de Occidente*, núm. 150, 1993, pp. 19-40.

Benito Sánchez, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020.

Bennet C., «Satisfying the Needs and Interests of Victims», en Johnstone, G., Van Ness, D. W., *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, Londres, 2007, p. 247-264.

Berdugo Gómez de la Torre, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012.

— *Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»*, Iustel, Madrid, 2018.

Beristain Ipiña, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Borja Jiménez, E., *Curso de Política Criminal*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Botella Corral, J., «Introducción», en García Arán, M., Botella Corral, J. (dirs.) *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 15-22.

Botella, J., y Peres-Neto, L., «La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España», en García Arán, M., Botella Corral, J. (dirs.) *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 43-66.

Bottoms, A., «The philosophy and politics of punishment and sentencing», en Clarkson, C., Morgan, R., *The politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 17-50.

Brandariz García, J. A., *El gobierno de la penalidad: la complejidad de La política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014.

— «Sobre la punitividad: Hacia una agenda de investigación sobre los cambios en el clima penal», *Boletín Criminológico*, vol. 30, núm. extra 226, 2024, pp. 1-26.

— «Crisis del populismo punitivo: cambios en el campo político», en VVAA (coords.) Un derecho penal moderno para una democracia del siglo xxi*: Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 69-77.

Cano Paños, M. A., y Calvo Alba, M. A., «Evolución del miedo al delito y del punitivismo en la población universitaria española a partir de una muestra de estudiantes de Derecho», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 18, 2020, pp. 1-28.

— «Percepción de la delincuencia, miedo al delito y actitudes punitivas en España. Resultados de una encuesta realizada a estudiantes del Grado en Derecho entre los años 2015 y 2018», *lnDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2019, pp. 1-42.

Carbonell Mateu, J. C., *Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Caro Cabrera, M. J.; Pozo Cuevas, F.; Navarro Ardoy, L. y López Menchón, A., «Hacia una mejor delimitación conceptual del punitivismo: evidencias del diseño y aplicación de una escala», *Aposta revista de ciencias sociales*, núm. 99, octubre-diciembre 2023, pp. 8-25.

Castaño Tierno, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», Estudios Penales y Criminológicos, núm. 34, 2014, pp. 561-638.

Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Chan-Gamboa, E.; Morales-Quintero, L.; Ruiz-Pérez, J., y Vaca-Cortés, J. «Factores sociodemográficos asociados a la victimización delictiva en estudiantes universitarios de tres ciudades mexicanas», *Pensamiento Psicológico*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 93-107.

Chozas Alonso, J. M., «El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», en Chozas Alonso, J. M. (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015.

Cid Moliné, J., y Varona Gómez, D., «El reciente incremento del encarcelamiento en España. ¿un cambio de tendencia?», *InDret*, núm. 1, 2026, pp. 7-13.

Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Corcoy Bidasolo, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos fundamentales*. Universidad Viña del Mar, núm. 8, 2012, pp. 45-76.

— «Garantismo frente al populismo y la expansión del derecho penal», en VVAA (coords.) Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 319-334.

Cullen, F. T.; Cullen, J. B., y Wozniak, J. F., «¿Is Rehabilitation Dead? The myth of the Punitive Public», Journal of Criminal Justice, 16(4), 1988, pp. 303-317.

De Hoyos Sancho, M., «Víctimas del delito y acción penal», en De Hoyos Sancho, M. (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 79-98.

De Paúl Velasco, J. M., «Algunas observaciones sobre la intervención de las víctimas en la ejecución penitenciaria», *curso CEJ*, abril 2015, pp. 1-12.

Díaz-Valdés Iriarre, A., «Políticas públicas basadas en la evidencia: aperturas *y* clausuras para el trabajo social chileno», *Revista Perspectivas,* núm. 24, 2013, pp. 193-209.

Díaz Pita, M. M., y Faraldo Cabana, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *Revista de Derecho y Proceso Penal,* núm. 7, 2002, pp. 119-152.

Díez Ripollés, J. L., «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 103, 2002, pp. 63-97.

— *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.

— «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, pp. 1-34.

— «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-37.

— «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo xxi», *Revista Española de Investigación Criminológica,* núm. 4, 2006, pp. 1-19.

— «El abuso del sistema penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 19, 2017, pp. 1-24.

Echeburúa, E.; De Corral, P., y Amor, P. J., «Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos», *Psicothema*, vol.14, 2022, p. 139-146.

Echeburúa, E., y Cruz Sáez, M. S., «De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso», *Revista de Victimología*, núm. 1, 2015, pp. 83-96.

Fattah, E., «Victimology: Past, Present and Future», *Criminologie*, vol. 33, núm. 1, 2000, pp. 17-46.

Fernández-Pacheco Estada, C., «Sobre los peligros del punitivismo. El fenómeno de la encarcelación masiva en Estados unidos», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 1-23

Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo, J. A., «Análisis crítico del estatuto de la víctima del delito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 40, Octubre 2015, pp. 1-22.

Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el Derecho pena», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-51.

García Arán, M., «El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 18, abril 2008, pp. 39-65.

— «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», en Muñoz Conde, F., Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 85-114.

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 España, E., y Díez Ripollés, J. L., *Realidad y políticas penitenciarias*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga, 2012.

García Rodríguez, M. J., «El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 18, 2016, pp. 1-84. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-24.pdf

García-Pablos de Molina, A., «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada "victimización terciaria" (el penado como víctima del sistema legal)», *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, núm. 15, 1993, pp. 1-17.

— *Tratado de Criminología*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Garland, D., *The culture of control: crimen and social order in contemporary society,* Oxford University Press, Oxford, 2001.

Gelb, K., *Myths and Misconceptions: Public Opinion versus Public Judgement about Sentencing*, Sentencing Advisory Council, State of Victoria, 2006, pp. 1-60.

Gelb, K., *More Myths and Misconceptions*, Sentencing Advisory Council, State of Victoria, 2008, pp. 1-12.

Gil Gil, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *lnDret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 4, 2016, pp. 1-40.

Gollwitzer, M., y Denzler, M., «What makes revenge sweet: seeing the offender suffer or delivering a message?», *Journal of Experimental Social Psychology*, núm. 45, 2009, pp. 840-844.

Gómez Colomer, J. L., *Estatuto Jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima ante la Justicia Penal. Un análisis basado en*

el Derecho comparado y en las grandes reformas que se avecinan, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

González Cussac, J. L., «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», *Revista Xuridica Galega*, núm. 38, primer trimestre, 2003, pp. 13-38.

— «Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología», *Teoría y Derecho*, núm. 17, 2015, pp. 168-180.

González Sánchez, I., «Aumento de presos y Código penal. Una explicación insuficiente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 13, 2011, pp. 1-22.

Gracia Martín, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo"», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-43.

— «Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho», en Carbonell Mateu, J. C., González Cussac, J. L., Enrique Orts Berenguer, E., Cuerda Arnau, M. L. (coords.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 879-922.

Greer, C., y Mclaughlin, E., «News Power, Crime and Media Justice», en Liebling, A., Mcara, L., Manura, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology,* 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 260-283.

Hassemer, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena,* Traducción de Cancio Meliá, M. y Muñoz Conde, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Hernández Moura, B., «Nuevos espacios para la consideración de la víctima y sus intereses en el proceso penal español», *Revista Electrónica de Direito Processal – REDP*, Año 13, vol. 20, núm. 3, 2019, pp. 51-73.

— *La víctima como elemento esencial en la comprensión del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Herrera Moreno, M., *La hora de la víctima: compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996.

Herrero Alonso, C., y Garrido Marton, E., «Victimología: el impacto del delito, la víctima y el sistema legal: Una aproximación psicosocial», Cuadernos de Derecho Judicial, núm., pp. 13-77.

Hutton, N., «Beyond populist punitiveness?», *Punishment & Society,* vol. 7, issue 3, julio 2005, pp. 243-258.

Igareda, N., Bodelón, E. «Las violencias sexuales en las universidades: cuando lo que no se denuncia no existe», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 12, 2014, pp. 1-27.

JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., Derecho *penal del enemigo,* Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-55.

JUANATEY DORADO, C., «La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal», *La Ley Penal*, núm. 9, 2004, pp. 5-30.

— «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 65, fasc./mes 1, 2012, pp. 127-153.

LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

LANDROVE DÍAZ, G., *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

LAPPI-SEPPÄLÄ, T., «Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª época, núm. 90, 2006, pp. 121-158.

LARRAURI PIJOAN, E., «La economía política del castigo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009, pp. 1-22.

— «Populismo punitivo… y cómo resistirlo», *Jueces Para la Democracia*, núm. 55, 2006, pp. 15-22.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «Las víctimas en el espacio judicial europeo: Estudio de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012», *Revista de Estudios de la Justicia,* núm. 22, 2015, pp. 119-141.

LÓPEZ MENCHÓN, A.; NAVARRO ARDOY, L.; POZO CUEVAS, F. y CARO CABRERA, M. J., «Punitivismo y rasgos sociopolíticos, un análisis de la opinión pública andaluza hacia el castigo penal», *Política y Sociedad*, 60(1), 2023, pp. 1-16.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario La Ley*, núm. 8351, 10 de julio de 2014, pp. 1-13.

MAQUEDA ABREU, M., «Crítica a la reforma penal anunciada», *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pp. 6-11.

MARTÍNEZ PATÓN, V., y MARTÍNEZ GALINDO, G. (dirs.), *Cincuenta reformas penales Análisis de las reformas del Código Penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

MARUNA, S., KING, A., «Public Opinion and Community Penalties», en Bottoms, A., Rex, S., Robinson, G. (eds.), *Alternatives to Prison, Options for an insecure society*, Willan Publishing, Reino Unido, 2004, pp. 83-113.

MCCOMBS, M. E., SHAW, O. L., «The agenda-setting function of mass media», *Public Opinion Quarterly*, vol. 36, núm. 2, 1972, pp. 176-187.

MENDOZA CALDERÓN, S., «La constante modificación penal en España: la visión derivada de la criminología mediática y su influencia en la política criminal», *Revista Ius Criminale*, núm. 2, abril de 2025, pp. 17-45.

MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad,* 4.ª Ed., Atelier, Madrid, 2018.

MONTERDE FERRER, F., «Victimología. Proyecciones asistenciales prácticas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, núm. 15, pp. 243-286.

Morales Prats, F., «Crítica del populismo punitivo: por una justicia penal impopular», en VVAA (coords.), Las garantías penales*: un homenaje a Javier Boix Reig*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 351-361.

Morillas Fernández, D. L.; Patro Hernández, R. M. y Aguilar Cárceles, M. M., *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2014.

Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Nistal Burón, J., «La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario», *Diario La Ley*, núm. 8555, 5 de junio de 2015, pp. 1-10.

Paredes Castañón, J. M., «La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* núm. 24, 2018, pp. 92-114.

Pemberton, A.; Letschert, y R., Staiger, I., *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standard of Justice*, Springer, Netherlands, 2010.

Pereda Beltran, N., «La Victimología en el contexto de las ciencias sociales», en Pereda Beltran, N., y Tamarit Sumalla, J. M., *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, Barcelona, 2013.

Pérez Cepeda, A. I., «Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código Penal de 2013», *Ars luris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 25-35.

— «Estadísticas sobre criminalidad en la Unión Europea», en Nieto Marón, A., Muñoz de Morales Romero, M., Becerra Muñoz, J. (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales,* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 49-77.

Plasencia Rodriguez, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, núm. 8683, 18 de enero de 2016, pp. 1-11.

Polaino-Orts, M., «Verdades y mentiras en el Derecho penal del enemigo», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste*, núm. 9, vol. 5, 2011, pp. 417-454.

Portero Henares, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *Revista Penal*, núm. 40, Julio 2017, pp. 193- 209.

Pozo Cuevas, F.; Caro Cabrera, M. J.; López Menchón, A., y Navarro Ardoy, L., «Formas de pedir castigo penal. Expresiones del punitivismo según grados de especificidad», *Papers*, 107/2, 2022, pp. 1-20.

Pozuelo Pérez, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes,* Marcial Pons, Madrid, 2013.

Quenta Fernández, J., «El populismo del Derecho Penal (la necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)», *Revista Jurídica Derecho*, vol. 5, núm. 6, enero-junio 2017, pp. 133-152.

Quintero Olivares, G., «Populismo punitivo y ciencia penal», en Pérez Manzano, M. (coord.) *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid, 2020, pp. 305-313.

Rechea Alberola, C.; Fernández Molina, E., y Benítez Jiménez, M. J., *Tendencias sociales y delincuencia.* Centro de Investigaciones en Criminología, Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 11, 2004, pp. 1-86.
Redondo Illescas, S., Garrido Genovés, V., *Principios de Criminología*, 4a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
Rius Alarcó, C., «Política criminal y populismo punitivo: ¿la evolución hacia un derecho penal más gravoso para el reo?», en Martínez Patón, V., Martínez Galindo, G. (dirs.), *Cincuenta reformas penales Análisis de las reformas del Código Penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 21-47.
Rodríguez Ramos, L., *La Prisión Permanente Revisable*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.
Roig Torres, M., «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el anteproyecto de reforma del Código Penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 19, 2013, pp. 1-77.
Roldán Barbero, H., «Concepto y alcance de la delincuencia oficial», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1999, núm. 4, 1999, pp. 681-712.
Salinero Alonso, C., «Víctimas del terrorismo y su participación en la ejecución de la pena», *Revista Penal*, núm. 42, Julio 2018, pp. 180-202.
Sánchez Baena, G., *Populismo Punitivo*, Deusto, Barcelona, 2020.
Sánchez García Paz, M. I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.
Sempere Faus, S., *La participación de la víctima en el proceso penal y la victimización secundaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
Serrano Gómez, A., «Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2011, pp. 425-454.
Serrano Maíllo, A., *Introducción a la Criminología*, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.
Serrano Tárraga, M. D., «La medición del delito y la importancia de sus aportaciones para la criminología contemporánea», *Revisa de Derecho UNED,* núm. 20, 2017, pp. 127-160.
Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., B de f, Montevideo, 2012.
Soto Navarro, S., «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-46.
Tamarit Sumalla, J. M., «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en Tamarit Sumalla, J. M. (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
— «La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en Baca Baldomero, E., Echeburua Odriozola, E., Tamarit Sumalla, J. M. (coords.) *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
— «Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, pp. 1-40.

— «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *lnDret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1, 2013, pp. 11-27.
— «Los derechos de las víctimas», en Tamarit Sumalla, J. M., Villacampa Estiarte, C., Serrano Masip, M. (coords.), *El Estatuto de las víctimas de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 7-60.
Terradillos Basoco, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 9-22.
— «Populismo punitivo en los medios: las sinergias mediafare-lawfare», en VVAA (coords.), Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025 pp. 1353-1366.
Tomás-Valiente Lazuna, C., «El interés de la víctima en el castigo del autor. 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.
Valverde Pujante, P., «Evolución de la Victimología y el derecho victimal en el contexto de la Criminología y los derechos humanos», en Nicolás García, J. N. (dir.) y Carrillo González, C. M. (coord.), *Ciencias Jurídicas. Criminología Victimología*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
Varona Gómez, D., «Ciudadanos y Actitudes Punitivas: un estudio piloto de la población universitaria española», Revista Española de Investigación Criminológica: REIC, núm. 6, 2008, pp. 1-38.
— «¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España», *lnDret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1, 2009, pp. 1-31.
Varona Martinez, G., *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018.
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)», *Revista del Instituto de Ciencias Penales - RICP*, vol. 5, 2020, pp. 190-209.
Villacampa Estiarte, C., «La víctima en el sistema de justicia penal II», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., Tamarit Sumalla, J. M. (coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. pp. 345-406.
Villacampa Estiarte, C., y Pujols, A. «Prevalencia y dinámica de la victimización por stalking en población universitaria», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 15, 2017, pp. 1-27.
Vives Antón, T. S., «La dignidad de todas las personas», *El País*, 30 de enero de 2015.
Yordanova, M. (ed.), *Crime and Punishment. Studying Justice System for Shaping Criminal Policy,* Sofia: Center for the Study of Democracy, 2011.
Zúñiga Rodríguez, L., «Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos», *Derecho PUCP*, núm. 81, 2018, pp. 47-92.

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: aplicación práctica y nuevas propuestas

JUAN MANUEL ORTELLS PASTOR
Letrado de la Administración de Justicia

RESUMEN

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad es una institución de constante presencia en la práctica diaria de nuestros juzgados y tribunales, pero se ha de llevar a cabo una reflexión sobre el papel que actualmente tiene la suspensión de la ejecución de la pena en España. O, dicho de otra manera, se trata de discernir ponderadamente si es una institución útil en el contexto actual, o es más bien una reminiscencia de otro tiempo sin virtualidad real.

A continuación, pasamos a mirar al futuro de la institución en nuestro país. Para ello no se va a realizar una exégesis, artículo por artículo, de la actual regulación, sino que se va a procurar proceder a desenmascarar los defectos estructurales que denota la normativa vigente, cuya superación puede significar un afianzamiento de la suspensión de la ejecución. Con tal finalidad se articulan una serie de propuestas de reforma.

Palabras clave: *Prisión; suspensión condicional; aplicación práctica; reformas; justicia restaurativa.*

ABSTRACT

The suspension of custodial sentences is a constant feature of the daily practice of our courts and tribunals. The aim of this paper is to reflect on the current role of the suspension of custodial sentences in Spain. In other words, we intend to carefully consider whether it is a useful institution in the current context or rather a relic of another era with no real potential.

We will look then at the future of the institution in our country. To do so, we will not conduct an article-by-article exegesis of the current regulations but rather attempt to expose the structural flaws inherent in them. Overcoming such flaws may lead to a strengthening of the practice of suspending custodial sentences. To this end, a series of reform proposals have been put forward.

Keywords: *Imprisonment; conditional suspension; practice application; reforms; restorative justice.*

SUMARIO: I. La suspensión de la ejecución de la pena en el contexto actual. 1. Su papel en el ámbito de la política criminal europea.–II. Aplicación en la práctica judicial española. 1. Estudios sobre la materia. 2. Conclusiones sobre el papel de la suspensión como alternativa a la prisión en España.–III. Propuestas de reforma en la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena. 1. Determinación de las penas que han de ser objeto de suspensión. 1.1 Naturaleza de dichas penas. 1.2 Duración de las penas objeto de suspensión. 1.2.1 Hacia un nuevo límite temporal de las penas susceptibles de suspensión. 2. La determinación de la prognosis delictiva del penado. 2.1 Un cambio en el presupuesto determinante de la suspensión. 2.2 Criterios a tener en cuenta por los jueces y tribunales a la hora de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena. 2.3 La necesidad del informe criminológico. 3. La supresión del requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil y haber hecho efectivo el decomiso. 3.1 La supresión del pago de la responsabilidad civil. 3.1.1 Antecedentes legislativos. 3.1.2 La reforma introducida por la L. O. 1/2015. 3.1.3 La comprobación por el órgano judicial de la situación patrimonial del penado. 3.1.4 Consecuencias del impago de la responsabilidad civil. 3.1.5 Su supresión como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena. 3.2 La supresión de haber hecho efectivo el decomiso. 4. La Justicia restaurativa como presupuesto de la suspensión de la ejecución de la pena. 4.1 La reparación de la víctima en ejecución de sentencia. 4.2 Justicia restaurativa y mediación penal. 4.3 Normativa en este ámbito.–IV. Consideraciones finales.–V. Bibliografía.

I. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL CONTEXTO ACTUAL

1. **Su papel en el ámbito de la política criminal europea**

Para Jescheck la suspensión de la ejecución de la pena ocupa un lugar preeminente en el ámbito de la política criminal europea posterior a la Segunda Guerra Mundial, y basa tal aserto en la constatación de que dicha institución conjuga el juicio de desvalor expresado en el

pronunciamiento de la resolución penal y la llamada «propia voluntad del reo», fortalecida por la amenaza de ejecutar la pena, para que dicho reo se inserte socialmente (1).

Muestra de ello fue el papel fundamental que se le otorgó en el ámbito de la política criminal europea, como se observa en la Resolución 1, de 22 de enero de 1965, del Consejo de Europa (2), en la que se indicaba que la privación de libertad sólo debe imponerse en tanto en cuanto responda a los fines de la pena, realizando a sus Estados miembros la recomendación de que sus legislaciones prevean la posibilidad de que el correspondiente Juzgado o Tribunal pueda sustituir la ejecución de una pena privativa de libertad por una medida condicional siempre que la infracción no revista especial gravedad y se trate de delincuentes primarios.

Por tanto, se consolidaba como principio rector de la política criminal la naturaleza de *ultima ratio* de las penas privativas de libertad, y dentro de las alternativas a la prisión se otorgaba importancia a la suspensión condicional de la pena.

No obstante esa declaración programática, no se puede olvidar que han pasado muchos años desde ese momento y cabe preguntarse si en el ámbito de la política criminal europea ya ha sido superado ese tradicional carácter bifronte de las medidas alternativas a la prisión, que se estructuraban en dos grandes bloques (3): el de las medidas que tenían carácter aflictivo y sancionatorio, que aparecen como sustitutivos de la prisión y que se hallaban sometidas a los requisitos generales de determinación previa y de extinción de la responsabilidad criminal en el momento de finalizar su cumplimiento, y el de las medidas que implicaban una renuncia condicionada a la ejecución de la prisión, entre las que se encontraría la suspensión condicional de la pena.

En efecto, se produjo una evolución en el ámbito de las medidas alternativas a la pena de prisión que se tradujo en una tendencia a

---

(1) Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Manzanares Samaniego, J. L., Comares, Granada, 1993, p. 758.

(2) Se refieren a esta Resolución tanto Puente Segura, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009, p. 70, como Cid Moliné, J., «La Política Criminal Europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse», *Estudios Penales y Criminológicos,* volumen XXX, 2010, p. 60, lo que muestra a las claras el carácter nuclear y de auténtico pórtico en materia de política criminal europea de la mencionada Resolución, cuya denominación completa es *suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment.*

(3) Conforme al análisis efectuado por De Sola Dueñas, A.; García Arán, M. y Hormazábal Malarée, H. en su importante obra *Alternativas a la prisión, penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, pp. 16-17.

buscar mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos penales: destacan en este punto la Recomendación (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, *Simplification of criminal justice*, que opta por otorgar prevalencia al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, y la Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, *Mediation in penal matters*, que insta a los estados miembros a disponer de un sistema de mediación en asuntos penales, propuesta ésta que compartimos plenamente y que será objeto de desarrollo posterior (4).

¿Hay, por tanto, una tendencia a «aparcar» la suspensión de la ejecución de la pena como alternativa a la prisión? La respuesta ha de ser «no», dado que se observa una tendencia a discriminar cada vez más la prisión como forma de reacción institucionalizada frente al hecho criminal, recurriendo para ello a un cada vez más amplio abanico de alternativas entre las que se sigue encontrando la suspensión de la ejecución de la pena. Baste referirse a la *Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008,* cuya finalidad no radicaba en la determinación de unas directrices comunes en materia de alternativas a la pena de prisión, sino que se pretendía la armonización en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo entre los distintos países con respecto a las sentencias en materia penal por las que se impongan penas o medidas privativas de libertad. Pues bien, en la Exposición de Motivos se sigue otorgando un papel nuclear a la suspensión de la ejecución de la pena cuando especifica de forma expresa que «el reconocimiento mutuo y la vigilancia de las penas suspendidas… tienen por objeto incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado al permitirle mantener sus lazos familiares, lingüísticos, culturales y de otra índole».

Pero incluso más recientemente se ha vuelto a reiterar el papel central que ocupa la suspensión de la pena en las *Conclusiones del Consejo sobre las medidas alternativas al internamiento: Utilización de medidas y sanciones no privativas de libertad en la justicia penal (2019/C 422/06).* En dichas conclusiones se indica cómo se llega a un gran consenso en torno a la idea de que el internamiento en prisión ha de constituir la *ultima ratio*, añadiendo que «la aplicación de medidas y sanciones no privativas de libertad como alternativa al

(4) Si bien en estos casos, y conforme expone Cid Moliné, J., «La Política Criminal Europea en materia de sanciones…», *op. cit.*, p. 64, «una vez reconocido en determinada medida el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, se requerirá establecer un marco normativo que posibilite las citadas respuestas y, en particular para el caso de la mediación, una organización administrativa que gestione los citados procedimientos».

internamiento, cuando corresponda y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, puede tener varias ventajas», entre las que destacan la rehabilitación social, la reinserción del delincuente, la reducción de la reincidencia y el favorecimiento de la seguridad pública, y entre las medidas a adoptar a escala nacional «se anima a los Estados miembros a que estudien las posibilidades de incrementar, cuando proceda, el recurso a medidas y sanciones no privativas de libertad…», citando expresamente entre las mismas las que denomina «penas condicionales».

En definitiva, podemos llegar a la conclusión de que la suspensión de la ejecución de la pena sigue teniendo un lugar destacado en el ámbito de la política criminal europea en materia de medidas alternativas a la pena de prisión, y ello nos ha de llevar a valorar si se trata de una institución efectivamente aplicada en nuestros juzgados y tribunales.

II. APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA

1. **Estudios sobre la materia**

Llega el momento de comprobar si la institución objeto de nuestra atención realmente viene siendo aplicada y en qué medida por los juzgados y tribunales españoles. En otras palabras, se trata de discernir en base a los datos estadísticos y a los estudios realizados en base a los mismos si la suspensión de la ejecución de la pena constituye una alternativa «útil» a la prisión. De cualquier forma, se debe partir de una doble realidad que en cierto modo lastra la posible exactitud de los resultados obtenidos: la estadística trimestral que los órganos judiciales del orden penal remiten al CGPJ no plasma de una manera terminante si hay o no castigo para la infracción cometida, dado que no existe ningún apartado en el que se computen las penas suspendidas; por otra parte, la mayoría de los estudios realizados corresponden a muestras limitadas en el espacio (un cierto número de juzgados y tribunales de una determinada localidad) y en el tiempo (se suele circunscribir a un determinado número de años), con lo cual los datos pueden ser indicativos a título de orientación, pero difícilmente extrapolables al conjunto de los juzgados españoles.

Partiendo de tales premisas, cabe referirse en primer lugar a un estudio coordinado por los profesores CID y Larrauri, y que supuso

una importante aportación en este ámbito (5). La muestra quedó circunscrita a los Juzgados de lo Penal de Barcelona, y por tanto a infracciones constitutivas de delitos menos graves y, en algún caso, faltas, siendo analizadas un total de 1.622 infracciones que fueron objeto de condena en sentencias dictadas en abril y mayo de 1998. A su vez, se distinguía entre la concesión de esa suspensión dependiendo de que el penado tuviese o no antecedentes penales:

a) La persona carecía de antecedentes penales (vivos), en cuyo caso se concedía de forma mayoritaria la suspensión de la pena, constatando la investigación un automatismo en tal concesión cuando en la hoja de antecedentes penales no aparecía ninguna inscripción relativa a otras condenas. Y lo realmente reprochable era que a una minoría se le denegaba la suspensión sin que los jueces hubieran realizado un juicio de peligrosidad que fundamentara su decisión;

La persona carecía de antecedentes penales (vivos) pero en su hoja histórico-penal aparecían antecedentes cancelables: en estos casos variaba de forma ostensible la respuesta de jueces y tribunales, ya que la suspensión se concedía en un 58 % de los casos y se denegaba al 42 % restante.

b) La persona tenía antecedentes penales (vivos), en cuyo caso los datos de la investigación mostraron cómo la respuesta mayoritaria de los jueces fue ejecutar la pena privativa de libertad.

En definitiva, aquel estudio pionero permitía llegar a tres conclusiones poco esperanzadoras en materia de suspensión de la pena como alternativa a la prisión: su carácter minoritario frente a condenas de prisión impuestas a infractores con antecedentes penales vivos, la desconsideración por los jueces de la nueva posibilidad prevista en el nuevo Código penal de 1995 relativa a la suspensión condicionada al cumplimiento de unas obligaciones de conducta, indicadas para la rehabilitación de la persona o la protección de la víctima, y la constatación general de una aplicación más bien tímida de la institución desde el momento en que para una delincuencia de carácter «poco grave» el sistema español utilizaba de forma desorbitada la pena privativa de libertad, con un tanto del 20 % de los infractores que se elevaba al 25 % si se tenían en cuenta los ingresos en prisión por impago de la multa.

(5) Nos estamos refiriendo a Cid Moliné, J., y Larrauri Pijoan, E. (coordinadores): *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

Años después se publicaría un nuevo estudio realizado por uno de los coordinadores del mencionado trabajo, en el que se va a ampliar a nivel nacional el campo de investigación (6). Con el mismo se perseguía discernir, a la vista de la información empírica manejada, si la suspensión de la pena gozaba de buena salud y de utilidad y si, por tanto, debía ser reforzada, o si por el contrario debía ser reemplazada por otras alternativas a la prisión más proporcionales al delito cometido o con mayor capacidad para lograr la rehabilitación del infractor.

Indica cómo, a su juicio, las tres novedades del C. P. de 1995 más propicias para lograr efectos descarceladores fueron la posibilidad de admitir la sustitución de una pena privativa de libertad de hasta dos años por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aun cuando el infractor tuviera antecedentes penales, la abolición de las penas inferiores a los seis meses de prisión y la ampliación de la suspensión de la pena de prisión desde un máximo de un año, conforme al C. P. de 1973, hasta los dos años. En base a los datos proporcionados por el INE relativos a condenas impuestas en primera instancia por los juzgados de lo penal y las audiencias provinciales, y por el Ministerio del Interior y la Consejería de Justicia de Cataluña en cuanto a las entradas en prisión, se ve una progresiva e importante reducción del número de dichas entradas en prisión, de modo que si en 1996 las condenas por delito ascendían a un total de 117.907 que supusieron 51.568 entradas en prisión, en el año 2002, para un número ligeramente inferior pero muy similar de condenas (116.345) se observa una drástica disminución del número de entradas en prisión (41.768).

A juicio del mencionado autor, de las tres nuevas alternativas antes indicadas entiende que, en base a la investigación realizada en el 2002, el uso de la sustitución de la pena por los jueces españoles fue minoritario, y que la supresión de las penas inferiores a seis meses de prisión no tuvo especial relevancia, debido a que sólo un pequeño número de delitos objeto de condena por los juzgados de lo penal daban lugar a penas inferiores a esos seis meses, con lo cual otorgaba especial preponderancia para la reducción de esas entradas en prisión a la suspensión de las penas privativas de libertad de hasta dos años de prisión. Se adjunta la tabla elaborada en el

(6) Cid Moliné, J., «La suspensión de la pena en España: descarcelación y reincidencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2005, pp. 223 y ss. De cualquier forma, cabe acotar el ámbito del mencionado estudio, ya que el autor prescindía de la suspensión especial para drogodependientes del artículo 87 del C. P. y de la suspensión humanitaria del artículo 80.4 de dicho Texto punitivo.

mencionado trabajo, acreditativa de la evolución de esa suspensión de la ejecución:

Penas privativas de libertad (ejecutadas y suspendidas), España (1996-2003), fuente: Cid Moliné, (año 2005)

Año	Total penas privativas de libertad	Penas privativa de libertad ejecutadas	Penas privativa de libertad suspendidas
1996	66.417	59.646 (89,8 %)	6.771 (10,2 %)
1997	63.276	56.660 (89,5 %)	6.616 (10,5 %)
1998	43.549	38.943 (89,4 %)	4.606 (10,6 %)
1999	85.663	75.823 (88,5 %)	9.840 (11,5 %)
2000	58.710	49.800 (84,8 %)	8.910 (15,2 %)
2001	69.661	55.143 (79,2 %)	14.518 (20,8 %)
2002	68.049	42.791 (62,9 %)	25.258 (37,1 %)
2003	61.708	34.483 (55,9 %)	27.225 (44,1 %)

Se puede observar una ampliación del porcentaje de penas suspendidas, con una progresión que, sobre todo a partir del año 2000, resulta mucho más perceptible (7). Tales datos fueron obtenidos del Registro Central de Penados y Rebeldes y facilitados por el Ministerio de Justicia, y la explicación de que ese incremento tan relevante se produzca a partir del año 2000 tendría su explicación, conforme al autor del estudio, en que hasta el año 1999 el Registro de Penados, que es la fuente de los datos de la tabla anteriormente insertada, reflejaba todavía en buena medida la aplicación del Código Penal de 1973, y concluye afirmando que, en definitiva, «la suspensión de la pena ha producido en España un efecto descarcelador y, desde un punto de vista utilitarista, ha significado un importante beneficio principalmente por la evitación de la experiencia del encarcelamiento para muchas personas y, también, por el ahorro económico que ha supuesto para el estado el hecho de que estas penas no hayan sido ejecutadas» (8).

(7) Tales porcentajes han sido en cierto modo cuestionados por Díez Ripollés, J. L., «La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-07, 2006, p. 19, al entender que, si bien la entrada en vigor del Código penal de 1995 podía explicar que el porcentaje de las penas suspendidas pasara en tres años, iniciados en 1998, de un 10 % a un 20 %, no estaría claro «qué reforma legal o práctica jurisprudencial podrían explicar que, en solo dos años, 2002 y 2003 las cifras vuelvan más que a doblarse…».

(8) Cid Moliné, J., «La suspensión de la pena en España…», *op. cit.*, p. 231.

Vemos pues como, a principios del siglo XXI, la institución objeto de nuestro estudio seguía cumpliendo los mismos objetivos que a principios del siglo XX con la aprobación de la Ley de Condena Condicional de 1908: evitar en la medida de lo posible el contacto con el medio carcelario para los penados y un importante ahorro económico para las arcas del Estado.

Además, este trabajo de CID del año 2005 determina que, a la doble utilidad de la suspensión de la ejecución de la pena que acabamos de indicar, se añade otra virtualidad más, consistente en la baja tasa de reincidencia observable en las personas que han gozado de dicha suspensión: un 17,6 %, lo que serviría para confirmar la teoría del «delincuente ocasional» como fundamento de la institución, y que supondría que una parte importante de los delincuentes no persistirían en su carrera delictiva una vez producida la primera condena.

El mismo autor realizó posteriormente un nuevo trabajo sobre ese mismo tema (9), relativo a la comparación entre la pena de prisión y la suspensión de la pena a efectos de reincidencia. El estudio volvió a partir de la muestra consistente en las personas (un total de 1.418) condenadas en los meses de abril y mayo de 1998 por los juzgados de lo penal de Barcelona, con un período de seguimiento de aproximadamente 8 años a partir de la fecha de la condena. La conclusión fue que la tasa de reincidencia difería de forma significativa entre las personas condenadas a prisión (73,2 % de reincidentes) y las personas a las que se les concedió la suspensión de la pena (13,8 %), y que, en definitiva, el hecho de castigar a una persona a la pena de prisión en vez de que le sea concedida la suspensión aumenta de forma significativa la probabilidad de que dicha persona pueda reincidir en el futuro.

En fin, también hay un posterior trabajo de CID (10) en el que pasa a analizar la tasa de encarcelamiento en España entre los años 1996 y 2006, y destaca entre sus conclusiones cómo la nueva regulación de la suspensión de la pena, y el uso que de ella han hecho los jueces, ha contribuido de forma palmaria a la reducción del número de entradas en prisión.

En base a lo expuesto, los trabajos del mencionado autor ponen de relieve que, en el momento en que se llevaron a cabo, la suspen-

(9) CID MOLINÉ, J., «¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 19, 2007, pp. 427-456.

(10) CID MOLINÉ, J., «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 6, 2008, pp. 1-31.

sión de la ejecución de la pena era una alternativa de plena eficacia a la prisión y de gran utilidad, todo ello sin perjuicio de la necesidad de arbitrar algún tipo de mejora en el sistema, proponiendo de forma expresa la conveniencia de un informe criminológico que pudiera ayudar a los jueces a la hora de tomar su decisión, así como un mayor uso de lo que en el Derecho comparado se denomina «suspensión con probation añadida».

Hay un interesante estudio posterior, elaborado sobre la base de datos primarios representativos, centrado exclusivamente en el delito de violencia de género ocasional (11). La investigación consistió en un análisis cuantitativo de las sentencias condenatorias dictadas entre el 1 de octubre de 2003 y el 31 de diciembre de 2006 por los juzgados de Barcelona, así como de las correspondientes ejecutorias, en relación con el delito de maltrato ocasional regulado en el artículo 153 C. P., y para ello se toman en cuenta dos reformas básicas en dicha materia en aquel momento: la L. O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Dos de los objetivos básicos de dicho trabajo consistían en determinar el porcentaje de penas suspendidas, y además en concretar el tipo de suspensión concedida, es decir, en qué porcentaje se hacía uso de la suspensión ordinaria (con la única condición de no volver a delinquir) y de la suspensión con reglas de conducta.

El resultado va a verificar el hecho de que se va a producir un aumento de las suspensiones de prisión: bajo la aplicación de la L. O. 11/2003 dicha suspensión se concedió en un 56,5 % de los casos, mientras que con la L. O. 1/2004 dicho porcentaje aumentó hasta un 70,7 %. Y además del aumento de ese porcentaje general, se produjo también una variación en el tipo de suspensión aplicada, puesto que si bajo la L. O. 11/2003 la suspensión ordinaria representaba un porcentaje del 70,1 % y la sujeta a reglas de conducta un 29,9 %, con la L. O. 1/2004 esos porcentajes se invierten, de manera que la suspensión ordinaria representará tan solo el 13,5 % del total frente a un 86,5 % de la suspensión con reglas de conducta, a lo que debió contribuir el hecho de que bajo la aplicación de esta última pasan a ser obligatorias las prohibiciones contenidas en el artículo 83.1 1.ª, 2.ª y 5.ª (prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familia-

(11) Antón García, L., y Larrauri Pijoan, E., «Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, 2009, pp. 1-26.

res u otras personas, así como la obligación de participar en programas formativos).

De esta forma, también en un ámbito tan específico como es el de los delitos de violencia contra la mujer la suspensión de la ejecución de la pena de prisión seguía siendo por aquellas fechas una institución en pleno apogeo.

Sin embargo, se concatenan a continuación en el tiempo una serie de trabajos que por el contrario vienen a poner en tela de juicio lo que hasta ese momento había supuesto un éxito de la institución. Cabe citar a Abel Souto, quien en base a los datos estadísticos contenidos en el Anuario estadístico del Ministerio del Interior va a denotar un progresivo descenso en los mandamientos sobre suspensión, en este caso cuantificados junto a los mandamientos de sustitución: 24.987 en 2012, 24.865 en 2013, 20.061 en 2014 y 18.645 en 2015 (12).

A la misma conclusión de un escaso uso de la institución en la práctica llegan GIL GIL y otros, a partir de los datos sacados de los informes que publica anualmente la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y que ponen de relieve, más que una progresiva disminución en su uso, una bajísima aplicación en la serie de años analizados (13): partiendo también de un análisis conjunto de las suspensiones y de las sustituciones, en el año 2013 se procedió a la suspensión o sustitución de alrededor del 9,2 % de las condenas firmes a penas privativas de libertad, en el 2014 ese porcentaje estuvo en torno al 6,3 %, en 2015 se situó alrededor del 7 %, mientras que en 2016 disminuyó un poco con respecto al año anterior, situándose en el 6,7 %.

Un amplio trabajo sobre la aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España a partir de bases estadísticas fue realizado bajo la dirección de Morillas Cueva y Barquín Sanz (14). En dicho Informe para el Defensor del Pueblo, especifican cómo a la hora de concretar

---

(12) Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 159.

(13) Gil Gil, A.; Lacruz López, J. M.; Melendo Pardos, M., y Núñez Fernández, J., *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 279-282. No obstante, los autores admiten que la información analizada puede resultar poco precisa desde el momento en que se refiere conjuntamente a suspensiones y sustituciones, de modo que no puede conocerse el número exacto de suspensiones acordadas cada año y el régimen de las mismas.

(14) Morillas Cueva, L., y Barquín Sanz, J. (directores): *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Informe para el Defensor del Pueblo, Granada, 2013. Hay un trabajo de ese mismo año en el que se manejan los mismos datos en ese ámbito de la suspensión de la pena, trabajo realizado por Barquín Sanz, J., y Luna del Castillo, J. de D., «Aplicación práctica de la suspensión y la sustitu-

la aplicación práctica de la suspensión de la pena se van a servir de los datos contenidos en las estadísticas suministradas por el INE y que fueron combinados con los facilitados por el Ministerio de Justicia y que procedían del Registro Central de Penados, si bien los gestores de dicho RCP adujeron un par de reservas sobre la fiabilidad de los datos aportados al confirmar que ciertas suspensiones pueden dictarse en un auto posterior a la sentencia que puede no quedar recogido en las anotaciones de dicho RCP, y al reconocer que no hay información acerca de si en todos los casos la suspensión se ha llegado a cumplir de forma efectiva:

Suspensiones de la pena de prisión entre los años 2008 y 2011, fuente: Morillas Cueva y otros (año 2013)

	2008	**2009**	**2010**	**2011**
Penas de prisión suspendidas.	63.114	59.185	55.447	49.584
Penas prisión INE.	129.890	139.663	141.849	135.713
% penas prisión suspendidas.	48,59	42,38	39,09	36,73
% prisión.	20,59	22,25	22,71	24,71
% penas cumplidas.	10,59	12,82	13,83	15,63

Se puede observar cómo el porcentaje de las penas de prisión suspendidas va disminuyendo progresivamente, pasando del 48,59 % en el año 2008 hasta el 36,73 % en el año 2011. Tales datos servirían para reafirmar la ya expresada tendencia a la baja en la aplicación práctica de la institución.

Ahora bien, esa supuesta crisis de la suspensión con el transcurso de los años debe ser tomada con cierta cautela habida cuenta de la disparidad de datos para un mismo período dependiendo de las fuentes de las que se obtienen los datos y de los distintos estudios doctrinales realizados. En este punto resulta especialmente revelador otro estudio (15) en el que se van a confrontar para un mismo período de tiempo los datos obtenidos de Instituciones Penitenciarias y de dos

---

ción de las penas privativas de libertad: una aproximación estadística», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 10, julio de 2013, pp. 415-470.

(15) Nieto Martín, A.; Muñoz de Morales Romero, M., y Rodríguez Yagüe, C., «Alternativas a la prisión: una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 1-100.

importantes trabajos doctrinales ya mencionados, y el resultado se consigna en la siguiente Tabla:

Comparación de suspensiones según los datos de IIPP, el estudio de Cid Moliné y el Informe del Defensor del Pueblo, fuente: Nieto Martín y otros (año 2017)

Año	IIPP	Estudio Cid Moliné	Informe del Defensor del Pueblo	Diferencia
2000	114	14.763	–	+ 14.649
2001	175	20.677	–	+ 20.502
2002	217	26.716	–	+ 26.499
2003	251	34.638	–	+ 34.387
2004	312	51.894	–	+ 51.582
2005	789	54.576	–	+ 53.787
2006	2.787	33.919	–	+ 31.132
2007	5.184	–	–	–
2008	10.281	–	63.114	+ 52.833
2009	20.718	–	59.185	+ 38.467
2010	21.743	–	55.447	+ 33.704
2011	21.569	–	49.854	+ 28.285

Las diferencias son enormes, e incluso los propios autores alertan de una posible discordancia aún mayor desde el momento en que los datos proporcionados por Instituciones Penitenciarias incluyen no sólo suspensiones sino también sustituciones, y partiendo también de la base de que el Informe del Defensor del Pueblo se refiere a suspensiones acordadas en sentencia o con inmediatez a ella, pero no a las suspensiones acordadas posteriormente por un auto de suspensión en fase de ejecución de sentencia (16). Se constata así la dificultad de elaborar un estudio doctrinal realmente fidedigno cuando se trata de englobar los datos relativos a esta materia a nivel nacional.

Ello nos lleva a destacar otra vez la importancia que cabe otorgar a los trabajos elaborados a partir de datos primarios para así poder obtener una aproximación más fiable en torno a la realidad en la práctica de la aplicación de la suspensión de la pena en España, y a partir de tales parámetros debemos hacer referencia a un estudio más reciente

(16) *Ibidem*, p. 29.

que los ya mencionados y que merece especial atención porque por primera vez incorpora datos sobre la suspensión de la pena una vez que ya entró en vigor la reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2015 (17). Para ello se procedió a analizar una muestra representativa de las ejecutorias correspondientes al primer semestre de los años 2015 y 2016 en los Juzgados de lo Penal de las ciudades de Barcelona y Girona. Según el autor del trabajo se optó por Juzgados de lo Penal al entender que son el tipo de Juzgado que procesa el mayor volumen de la delincuencia en España, y porque son los que gozan de mayor margen de discrecionalidad a la hora de ejecutar la pena impuesta en sentencia, y fueron escogidas dichas ciudades porque ambas representan los grandes modelos de ejecución de sentencias en nuestro país: Barcelona, una gran ciudad que centraliza en un Juzgado de lo Penal especializado la ejecución de las sentencias, y Girona, una ciudad tipo española, más pequeña, en la que la ejecución de las sentencias penales se atribuye a cada Juzgado sentenciador (18), habiendo analizado el grupo investigador 573 ejecutorias en Barcelona y 549 en Girona.

El estudio, con las limitaciones que implica una muestra limitada territorialmente, pretende ser representativa de la situación existente en nuestro país, y el mismo título del trabajo ya es indicativo del resultado que arroja el mismo:

1) La gran mayoría de las penas de prisión impuestas fueron suspendidas (entre el 70 % de Barcelona y el 80 % de Girona).

2) La inmensa mayoría de dichas suspensiones se conceden en su modalidad «ordinaria», en la que no hay más obligación que la de no delinquir, mientras que son minoría los casos en que se impone alguna medida u obligación.

3) Respecto a anteriores investigaciones se observa una evolución positiva al apreciar un mayor porcentaje de concesión de suspensiones.

4) No obstante lo anterior, se observa cómo la entrada en vigor de la reforma de 2015 tuvo un efecto negativo al comprobar una línea descendente en el número de suspensiones concedidas en las ejecutorias de 2016 (19).

---

(17) Varona Gómez, D., «La suspensión de la pena de prisión: razones de una historia de éxito», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 17 (2019), pp. 1-37.

(18) *Ibidem*, pp. 3-5.

(19) *Ibidem*, pp. 21-22. Tal afirmación encontraría su explicación, según el autor, en que el nuevo modelo de suspensión extraordinaria de la pena del artículo 80.3 del C. P. no parece haber absorbido los casos de la antigua sustitución de la pena del anterior artículo 88 de dicho Código, por lo que descendería el número de casos que

2. Conclusiones sobre el papel de la suspensión como alternativa a la prisión en España

En las páginas anteriores hemos intentado diseccionar la realidad de la aplicación de la suspensión de la pena en nuestro país sobre los datos obtenidos a partir de los distintos estudios efectuados sobre la materia, intentando poder discernir, en base a los mismos, si se trata de una institución que goza de buena salud y resulta útil, o si por el contrario representa una institución obsoleta que se sigue utilizando de forma mecánica y sin que comporte una verdadera alternativa a la pena de prisión.

Hay que partir de la base de que es difícil dar respuestas categóricas a estas preguntas, pero ello no obsta a la formulación de una serie de conclusiones sobre este tema. Así, y conforme se ha expuesto con anterioridad, resulta de especial dificultad la realización de un estudio fidedigno sobre la aplicación de la suspensión a nivel nacional. Los datos generales pueden venir larvados por una serie de inexactitudes que hacen dudar de su veracidad. El Instituto Nacional de Estadística (INE) proporciona información sobre las penas impuestas en sentencia por los jueces y tribunales penales españoles, pero no de las penas finalmente ejecutadas. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias también publica anualmente unas estadísticas obtenidas en base a la información que le remiten los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, pero tales datos tampoco son fiables desde el momento en que conforme al artículo 14 del R. D. 840/2011, de 17 de junio, tales Servicios sólo gestionan los mandamientos de suspensiones que vayan acompañadas de alguna regla de conducta, siendo éstas, como se indicó con anterioridad, las suspensiones minoritarias frente a las ordinarias del artículo 80.1 del C. P. En fin, una tercera fuente de datos a nivel nacional, la relativa a los datos proporcionados por el Registro Central de Penados, pudo ser utilizada puntualmente por Morillas Cueva y Barquín Sanz en su Informe para el Defensor del Pueblo de 2013, pero incluso en tal caso se esgrimían por el propio RCP una serie de reservas atinentes a la posible falta de constatación en algunos casos de las suspensiones acordadas en auto posterior a la respectiva sentencia, y a la carencia de información (salvo excepciones) en torno al efectivo cumplimiento de las suspensiones. A tales objeciones podemos añadir otra más: la anotación de la suspensión en la nota de condena es realizada de forma manual por los funcionarios

---

se han beneficiado de la suspensión y/o sustitución de la pena de prisión. Entendemos, en base a tal aseveración, que no se habría producido una disminución de la utilización de la suspensión de la pena en sentido estricto, sino de las medidas alternativas a la prisión.

de los juzgados encargados de tal cometido, y ello constituye una labor farragosa en unos órganos judiciales normalmente colapsados, de manera que en ocasiones se omite tal anotación, y ese «factor humano», que normalmente pasa desapercibido, influiría de forma decisiva para la obtención de una información sesgada.

Por tanto, sólo los estudios elaborados a partir de datos primarios permiten obtener una información veraz sobre la realidad practica de la suspensión de las penas privativas de libertad en nuestro país, obteniendo así muestras representativas que pueden resultar extrapolables, al menos de forma indicativa y aproximada, al resto de España. Cabe mencionar en esa línea el trabajo coordinado por Cid y Larrauri en 2002, el elaborado por Antón y Larrauri en 2009, circunscrito al ámbito concreto del delito de violencia de género ocasional, y, por supuesto, el llevado a cabo por Varona en 2019, que tiene además el valor añadido de poder ponderar los efectos en este ámbito como consecuencia de la importante reforma llevada a cabo por la L. O 1/2015. Este último estudio, especialmente interesante por ser más reciente, toma partido desde su propio título a la hora de pronunciarse sobre la realidad práctica de la suspensión al tildar la misma como «una historia de éxito» por resultar de aplicación generalizada en nuestros órganos judiciales penales.

Sin embargo, entendemos que ese éxito que viene avalado por los datos debe ser matizado. No sólo en sus orígenes en 1908, también conforme al Código Penal de 1973, la suspensión de la pena de prisión obedecía a razones económicas (20). Pero es que en la actualidad, en la base del sistema, y por tanto en un estadio anterior a la aplicación de la institución por juzgados y tribunales, la suspensión de la pena sigue respondiendo a una finalidad económica. Así lo determina el T. C. en el Auto 3/2018, de 23 de enero, al especificar que

> «ciertamente el fin resocializador guía, junto a evidentes razones de gestión económica de la política penitenciaria, la regulación legal del instituto de la suspensión de la ejecución de la pena y así lo hemos señalado reiteradamente en nuestra propia doctrina…».

Y también la actuación de nuestros órganos judiciales sigue estando presidida en numerosas ocasiones por finalidades que quedan al mar-

(20) Como indica de forma expresiva Rodríguez Sáez, J. A., «La motivación de las resoluciones discrecionales en la fase de ejecución del proceso penal», *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 15/2019, Bilbao, p. 82, «cualquier operador jurídico de la época sabía que el carácter automático de la "concesión del beneficio", así como el consiguiente uso de modelos estereotipados para hacerlo, se explicaban por la clara función que la medida cumplía como "válvula de escape" para evitar el colapso del sistema penitenciario».

gen de criterios de política criminal. Como se ha indicado con anterioridad, la suspensión que se viene concediendo de forma abrumadoramente mayoritaria es la ordinaria, aquella que queda condicionada únicamente a que el penado no vuelva a delinquir durante el plazo de suspensión, mientras que la suspensión sujeta a reglas de conducta es minoritaria. La explicación viene dada por una razón de índole práctica: para el órgano judicial resulta más rápido y sencillo la tramitación de una suspensión en la que simplemente basta con advertir al reo de las consecuencias que llevaría acarreada la comisión de una infracción penal durante ese período y que se enviará al archivo provisional hasta el momento de la reapertura para decidir sobre la remisión definitiva que una suspensión en la que se impongan una serie de deberes, ya que ello implica a las claras una mayor exigencia: en primer lugar para la oficina judicial, en tanto en cuanto ha de emitir el correspondiente oficio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o el oportuno mandamiento dirigido a los Servicios de Gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, debiendo controlar posteriormente cualquier incidencia relativa al cumplimiento de esas obligaciones y deberes, y en segundo lugar para el juez o tribunal encargado de la ejecución, dado que el propio artículo 85 del C. P. prevé una posible modificación de la decisión anteriormente adoptada en base a un posible cambio de las circunstancias valoradas en el momento de pronunciarse sobre la suspensión.

Tales razones pragmáticas no sólo explicarían la opción por una u otra clase de suspensión, sino que también resultan decisivas en ciertos casos para el mismo otorgamiento de dicha suspensión, como sería el caso de la conformidad como presupuesto imprescindible de la misma, y según la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2020 (21), el 64 % de las sentencias condenatorias dictadas por los juzgados de lo penal y las audiencia provinciales se dictaron por conformidad del acusado con la posición del Ministerio Fiscal.

Con ello se pretende hacer ver que la suspensión es una institución muy aplicada, pero en general esa aplicación «generosa» no responde a criterios tendentes a dar preponderancia a las alternativas a la prisión en el ámbito de la política criminal que pongan el acento en una rehabilitación del reo lejos del ámbito carcelario, sino que se configura como una institución clave para asegurar «la propia supervivencia del sistema de justicia penal» (22).

(21) Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2020, p. 1.151.

(22) Se trata de una expresión acuñada con gran acierto por Varona Gómez, D., «La suspensión de la pena de prisión…», quien en la p. 35 de dicho artículo argumenta que su gran aplicación y su configuración concreta en la que se prima la suspensión ordi-

Sea como fuere, y con independencia de los motivos que mueven a los jueces y tribunales a aplicar la suspensión de la pena, lo realmente importante es comprobar cómo se trata de una institución que, más de un siglo después de su aparición, sigue aplicándose de forma generalizada en el ámbito de la ejecución penal, consiguiendo así uno de los principales objetivos que la misma ha de perseguir: constituir un medio que permita alejar al penado del ambiente carcelario. Ya eso es mucho, pero entendemos que se pueden mejorar algunos aspectos claves de su regulación para conseguir configurar lo que en esencia ha de constituir su propia finalidad: convertirse en una auténtica alternativa a la prisión y a las penas en general, con todo lo que ello implica. Es por ello que las siguientes páginas se centrarán en la exposición de las mejoras que se estiman necesarias en su configuración legal.

III. PROPUESTAS DE REFORMA EN LA REGULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Una vez que se ha constatado cómo la institución de la suspensión de la pena sigue siendo objeto de aplicación como alternativa a la pena de prisión, vamos a exponer una serie de propuestas de modificación en la regulación del actual articulado del C. P. que a nuestro juicio resultarían de gran utilidad para dotar a la misma de mayor eficacia. No se va a efectuar una exégesis artículo por artículo bajo la fórmula de comentarios, sino que se van a proponer una serie de parámetros básicos que a modo de piedra angular sirvan para configurar una institución más útil y consecuente con los fines a los que ha de servir.

1. **Determinación de las penas que han de ser objeto de suspensión**

1.1 Naturaleza de dichas penas

La redacción inicial del Código Penal de 1995 mantenía en su artículo 80.3 que la suspensión de la ejecución de la pena no sería extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados, pero sin embargo sí desaparecía el resto del contenido del artículo 97

---

naria viene determinada por una funcionalidad práctica que conlleva una inevitable reticencia a incorporar todo aquello que pueda dilatar o entorpecer la toma de decisión o la ejecución de la pena, prestando así un gran servicio al sistema al aligerar tanto el proceso de toma de decisiones judicial como el relativo a la ejecución de la sentencia.

del C. P. de 1973 que determinaba expresamente que la condena condicional no sería extensiva a las penas de «suspensión de derecho de sufragio pasivo y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias…». Tal inconcreción propició en su día un debate en la doctrina en torno a la posibilidad de que la suspensión resultara también de aplicación a las penas accesorias, o, en general, a penas de distinta naturaleza (23).

Dicha polémica, lejos de desaparecer, se recrudece en el momento actual como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2015. Tras dicha reforma, el actual artículo 80 del C. P. ha suprimido la previsión de que la suspensión no sería extensiva a la responsabilidad civil, de manera que por primera vez nuestro Texto punitivo no contiene ninguna referencia expresa a ningún supuesto de exclusión, ni de penas ni de responsabilidad civil, de una posible aplicación

(23) Una buena parte de la doctrina se inclinaba por adoptar una posición restrictiva a la hora de concretar las penas que podían ser objeto de suspensión: Magro Servet, V., y Solaz Solaz, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, 1.ª edición, La Ley, Madrid, 2008, p. 41; Llorca Ortega, J., «Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad», en Vives Antón, T. S. y Manzanares Samaniego, J. L. (directores), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 229; De Sola Dueñas, A., «Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996, p. 1.208; González Casso, J., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», *La* Ley, núm. 6, 1996, p. 1.578; Serrano Pascual, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal* español, p. 301; Poza Cisneros, M., «Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal», en *Manuales de formación continuada del CGPJ*, núm. 4, 1999, p. 248; Tamarit Sumalla, J. M., «Arts. 80-87» en *Comentarios al Código Penal Español (Tomo I)*», 6.ª edición, Quintero Olivares, G. (director), Morales Prats, F. (coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 635; Barquín Sanz, J., «El nuevo sistema de alternativas a la ejecución de la prisión en el Derecho Penal español: una cierta unificación», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 117, III, Época II, diciembre 2015, p. 63. Frente a ellos, también un importante núm. de autores se pronunciaron de forma favorable a esa extensión de la institución a otras penas: así, Sánchez Yllera, I., en Vives Antón, T. S. (coordinador): *Comentarios al Código Penal de 1995*, *volumen I*, Tirant Lo Blanch, p. 479; Silva Sánchez, J. M., «La suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio», *Actualidad Penal*, núm. 39, 1999, p. 756; Larrauri Pijoan, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 19, 1996, p. 210; Cardenal Montraveta, S., «Arts. 80 a 89», en *Comentarios al Código Penal, reforma L. O. 1/2015 y L. O. 2/*2015, Corcoy Bidasolo, M. - Mir Puig, S. (directores), Vera Sánchez, J. S. (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 313; Gutiérrez Castañeda, A., «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias», *La Ley*, núm. 6114, 26 de octubre de 2004, pp. 9-10.

de la suspensión. ¿Tiene ello alguna trascendencia práctica? Entendemos que no, por las razones que a continuación se esgrimen.

En primer lugar, por la evidencia de la terminología empleada en nuestro C. P. La rúbrica del Capítulo III, del Título III del Libro I sigue refiriéndose a las formas sustitutivas «de la ejecución de las penas privativas de libertad», y en consonancia con la misma la Sección 1.ª de dicho Capítulo III y que engloba la regulación de la materia en los artículos 80 a 87 sigue llevando por rúbrica «De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad». También el nuevo articulado se refiere de forma inequívoca a las penas privativas de libertad: basta con leer el nuevo artículo 80, que se refiere a los presupuestos para la aplicación de la institución, y el artículo 81, que regula el plazo de suspensión.

En segundo lugar, porque la institución surgió con la finalidad de evitar el contagio del penado con el medio carcelario, lo que podría producir desocialización y provocar la continuidad del penado en esa carrera criminal. Han cambiado mucho y para bien las prisiones en un siglo, pero la privación de libertad sigue siendo una reacción del sistema penal especialmente grave y estigmatizante que no puede ser equiparada a otro tipo de penas. Cualquier ingreso de una persona en prisión ha de ser considerada un baldón ignominioso en un moderno Estado de Derecho, y dicha prisión ha de ser la *ultima ratio* de las sanciones penales. El propio T. C., en la Sentencia 209/1993 de 28 de junio, considera razonable limitar legalmente la suspensión a las penas privativas de libertad dada la distinta naturaleza de la prisión con respecto a las penas de suspensión de derechos o inhabilitación para su ejercicio.

Siguiendo con las directrices sentadas por dicho T. C., cabe recordar cómo el mismo, en el citado Auto 3/2018, de 23 de enero, atribuye a la suspensión de la pena otras dos funciones que difícilmente podrían alcanzarse en el caso de que la institución fuera aplicable a otro tipo de penas: la gestión económica de la política penitenciaria, que exime de mayor comentario, y una finalidad resocializadora con respecto al condenado. Precisamente, el artículo 25.2 C. E. atribuye a las penas privativas de libertad esos fines de reeducación y reinserción social, y resulta fácil argumentar cómo la mejor forma de resocializar al penado sujeto a una pena privativa de libertad sería la utilización de un medio alternativo de cumplimiento que dispense al mismo de su entrada en prisión.

De esta manera, y si abordamos esta cuestión desde un punto de vista de *lege data*, no cabe duda de que, en España, en nuestro actual Código Penal, la institución de la suspensión de la ejecución de la

pena se circunscribe únicamente a las penas privativas de libertad. Pero ¿y desde una perspectiva de *lege ferenda*? La respuesta se puede encontrar en una reflexión certera de Larrauri que centra en pocas líneas la cuestión y exime de cualquier posible y profusa polémica doctrinal: «el problema refleja una falta de discusión acerca del fundamento de la suspensión. Si se pretende evitar la entrada en la cárcel entonces parece lógico limitar la suspensión sólo a ésta; si la suspensión se concibe como un beneficio que se otorga a la persona porque la pena en este caso no aparece proporcional o adecuada desde un punto de vista de prevención especial entonces todas las penas podrían ser objeto de suspensión» (24).

Hay que propiciar, en tal disyuntiva, una conciliación entre esas dos posibilidades que entendemos no resultan excluyentes: la finalidad principal de la suspensión es evitar el ingreso en prisión del penado, pero ello no obsta a que se valore desde la prevención especial la necesidad o no de la imposición de cualquier otro tipo de pena, por lo que resultaría procedente su extensión a penas distintas de la privación de libertad. Incluso se han esgrimido desde la doctrina razones de justicia para respaldar una extensión de la suspensión al resto de penas (25).

De hecho tal posibilidad no es ajena a nuestra propia legislación puesto que el artículo 40 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores, establece en su apartado 1 que «el Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años…». Se refiere por tanto a

(24) Larrauri Pijoán, E., «Suspensión y sustitución de la pena…», *op. cit.*, nota 9, p. 210.

(25) En opinión de Puente Segura, L., *Suspensión y sustitución…*, *op. cit.*, pp. 86-87, supone una injusticia material excluir de la posibilidad de suspensión a las penas no privativas de libertad puesto que la menor gravedad de las mismas no las hace inofensivas, resultando en muchos casos un método «a veces irreparable, de exclusión social», y pone los ejemplos de las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de determinadas profesiones, o la pena de privación del derecho de conducir vehículos a motor respecto de un profesional del transporte. Para Cuello Contreras, J., y Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 2105, p. 277, esa restricción en su aplicación a las penas privativas de libertad «crea en ocasiones verdaderos agravios punitivos, ya que quien es castigado a una pena menos grave, no privativa de libertad, tiene que cumplirla íntegramente y los condenados a prisión pueden eludir su cumplimento».

cualquier tipo de medida impuesta y no únicamente a las que afectan a la libertad.

En definitiva, se hace necesaria una reforma legal que pueda propiciar la extensión de la suspensión de la ejecución a toda clase de penas cuando ello sea aconsejable desde una perspectiva de prevención especial. En las próximas páginas se va a centrar el análisis en la delimitación de los contornos de las únicas penas susceptibles de suspensión en la actualidad, las privativas de libertad, para luego prestar especial atención a la conveniencia de elevar el límite máximo de duración de la pena que hasta ahora ha venido determinando la posibilidad de dicha suspensión, así como explorar la posibilidad de extender dicha suspensión a otro tipo de penas.

1.2 Duración de las penas objeto de suspensión

Volviendo de nuevo a la actual regulación del Código Penal, las penas susceptibles de suspensión son sólo las privativas de libertad, señalando el Código Penal como tales en el artículo 35 la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. Quedaría excluida del ámbito de los artículos 80 a 87 la prisión permanente revisable. Por tanto, la suspensión no alcanza sólo a la prisión, sino también a la localización permanente (art. 37 del C. P.) y a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53 del C. P.).

Como regla general se establece que la duración de la pena privativa de libertad susceptible de suspensión no sea superior a dos años (art. 80.1), y ese límite puede venir dado por una sola pena o por la suma de las impuestas, aunque sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa (art. 80. 2. 2.ª). Esa regla general tiene varias excepciones:

1.ª) Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se podrá suspender toda la pena privativa de libertad, con independencia de su duración (art. 80.4);

2.ª) Para el supuesto de que el sujeto haya cometido el delito a causa de su adicción a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, podrán ser suspendidas las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de duración (art. 80.5);

3.ª) En último lugar, y conforme al artículo 80.3, son susceptibles de suspensión las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años siempre que no se trate de reos habituales y que concurran las circunstancias previstas en el mencionado apartado.

Lo que sí se suprimió por la L. O. 1/2015 fue la posibilidad de suspensión de las penas inferiores a tres meses de prisión como consecuencia del proceso de degradación de penas que preveía el anterior artículo 71.2 del Código Penal, cuyo tenor literal era el siguiente: «no obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda» (26). El nuevo apartado 2 del mencionado precepto ya tan solo ofrece la posibilidad de sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses.

Pero debemos preguntarnos cuál es el criterio que adopta el Código a la hora de optar por un límite temporal máximo de la pena como presupuesto de la suspensión de la misma. Dicho límite se sitúa con carácter general en la barrera de los dos años de privación de libertad al entender el legislador que una renuncia a hacer efectiva tal privación de libertad por encima de dicha cuantía habría de repercutir en la eficacia intimidatoria del Derecho Penal (27). Se trataría de criterios de prevención general los que explicarían ese límite, pero cabe hacer dos puntualizaciones: en primer lugar, que tal tope penológico no es taxativo desde el momento en que el artículo 80. 5 lo eleva hasta cinco años en el caso de delitos cometidos como consecuencia de la adicción de las sustancias señaladas en el artículo 20. 2.º del C. P., y sin límite temporal alguno para los cometidos por los enfermos muy graves con padecimientos incurables del artículo 80. 4 de dicho Texto punitivo.

---

(26) Como destaca Trapero Barreales, M. A., «La nueva regulación del artículo 71.2 Código Penal: o alternativas al cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses (1)», *La Ley Penal*, núm. 126, mayo-junio 2017, p. 3, se suscitó en la doctrina controversia en torno a de qué manera se tenía que decidir ante la posibilidad de elección entre sustitución o suspensión que ofrecía el precepto. Así, Puente Segura, L., *Suspensión y sustitución…*, *op. cit.*, p. 289, entendía que en primer lugar el órgano jurisdiccional debía analizar si procedía acordar la suspensión de la pena, y sólo para el caso de no estimar dicha posibilidad se debía proceder a la sustitución de la pena. Por el contrario, otros autores como Ceres Montes, J. F., «Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional», en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial 3-2005 (director: Castellano Rausell, P.) Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 27, y Magro Servet, V., y Solaz Solaz, E., *Manual práctico sobre la ejecución…*, *op. cit.*, p. 118, llegan a una conclusión distinta, ya que a su juicio en primer lugar se debía proceder a la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y sólo para el caso de una posible revocación por incumplimiento de la pena sustitutiva es cuando debía resolverse sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

(27) Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de García Álvarez, P., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 549.

En segundo lugar, que difícilmente se pueden invocar criterios de prevención general con el nuevo apartado 3 del artículo 80 que prevé la posibilidad de suspender una pluralidad de penas de prisión siempre que cada una de ellas no exceda de dos años. Se pone como ejemplo el caso de un conductor condenado a diez penas de homicidio por imprudencia grave, a una pena de un año de prisión por cada uno de los delitos de homicidio imprudente, con una suma total de diez años de prisión: en puridad no habría obstáculo para suspender todas esas penas si se dieran el resto de los requisitos al ser todas inferiores a dos años (28), pero ello sí tendría repercusión en esa pretendida eficacia intimidatoria de la norma penal.

Podría pensarse entonces que el criterio sistemático adoptado por el legislador ha sido el de que se pudiera conceder la suspensión tan solo a penas clasificables como leves o menos graves, dado que excepto para el caso de enfermos muy graves con padecimientos incurables, el límite máximo de las penas privativas de libertad suspendibles sería el de cinco años de prisión, lo que concordaría con la clasificación de las penas efectuada por el artículo 33 del Código Penal, que en su apartado 4. h) califica como leve la pena de localización permanente, en su apartado 5 como menos grave o leve la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa, y por último en su apartado 3. a) como menos grave la prisión de tres meses hasta cinco años. Ello implicaría excluir de la posibilidad de suspensión los delitos castigados con penas graves, lo que resultaría coherente con el postulado de que la concesión de la suspensión de la pena para delitos graves mermaría de forma palmaria el efecto preventivo general de la norma penal sancionadora. Pero tampoco es ése el parámetro que sirve de guía a nuestro Texto punitivo, ya que lo que se tiene en cuenta es la pena concreta finalmente impuesta, con independencia del tipo de delito cometido.

Del anterior postulado se derivan una serie de implicaciones prácticas: una pena grave de prisión correspondiente a un delito grave podrá ser susceptible de suspensión si su *quantum* final queda en dos o menos años de privación de libertad tras el proceso de determinación e individualización judicial de la pena en ese caso concreto, como consecuencia, por ejemplo, de la concurrencia de una serie de circunstancias atenuantes. Incluso nuestro T. S., en Auto de 29 de mayo de 2001, avala la oportunidad de conceder la suspensión cuando la

(28) Se trata de un ejemplo muy oportuno que escenifica las múltiples aristas de esta cuestión y que nos ofrece Comas de Argemir Cendra, M., «La suspensión de condena. Incidencia práctica de la reforma tras casi un año de vigencia», en «Las penas y las medidas de seguridad tras la reforma del Código Penal», *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, 2016, p. 9.

pena o la suma de las penas impuestas ya dejaran de superar el límite de dos años tras la concesión de un indulto parcial, e implicaría su posible extensión a otros supuestos (29).

En definitiva, la actual regulación del C. P. en lo que a la duración de las penas susceptibles de suspensión se refiere es, a un tiempo, cicatera y vaga. Para remediar ambos defectos vamos a concretar una propuesta de modificación.

1.2.1 *Hacia un nuevo límite temporal de las penas susceptibles de suspensión*

Como ha quedado expuesto, el límite temporal máximo que determinaba la posibilidad de suspensión de una pena privativa de libertad ha ido variando a lo largo del tiempo. Sin perjuicio de supuestos especiales, la modalidad ordinaria de suspensión se limitaba con la Ley de Condena Condicional de 1908 a penas privativas de libertad que no excedieran de un año, mientras que el Código Penal de 1995 aumentó dicho límite, al fijarlo en penas que no excedieran de los dos años de privación de libertad. Se demuestra así como el límite máximo de duración de la pena que separa a modo de delgada línea la posibilidad o la imposibilidad de la suspensión no viene constituido por una cifra invariable a lo largo del tiempo, sino que ha ido evolucionando, y en el momento actual debe ser revisado.

El argumento que debe respaldar tal modificación resulta, a nuestro juicio, incontrovertible: si la prisión ha de ser la *última ratio* y las alternativas a la misma han de ser la solución prioritaria frente a la comisión de un delito, ha de otorgarse mayor amplitud temporal a las penas susceptibles de suspensión en tiempos como el actual en el que, tras la reforma de 2015, se ha endurecido la respuesta punitiva frente a la infracción penal (30).

---

(29) Tal postura habilitaría, según concluye con acierto García San Martín, J., *Las medidas alternativas al cumplimento de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 38, la oportunidad de suspender también la pena en otros casos en que como consecuencia del abono del tiempo de prisión provisional, el cumplimiento parcial de la pena o la prescripción de cualquier otra pena impuesta en la misma sentencia, la pena o la suma de las impuestas dejara de superar el límite de los dos años.

(30) Al valorar la reforma llevada a cabo en nuestro Código Penal por la L. O. 1/2015, una de las conclusiones a las que llega Vives Antón, T. S., «La reforma penal de 2015: una valoración genérica», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J. L. (director), Górriz Royo, E. y Matallín Evangelio, Á (coordinadoras), 2.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 34, es que «a golpes de oportunidad política, nuestros gobernantes han ido incrementando la escalada de represión penal…». No se trata de una afirmación gratuita: viene refrendada por el trabajo elaborado

Es más, la nueva formulación del presupuesto de la suspensión en el artículo 80.1 del C. P. tras la reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2015 habilitaría la posibilidad de una ampliación de la duración de la pena susceptible de suspensión, dado que lo relevante no es establecer un límite temporal a la misma, sino determinar si la ejecución de la pena es o no necesaria «para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos», de manera que sólo cuando la ejecución de la pena fuera necesaria para evitar la reiteración delictiva se debería optar por la ejecución de la pena, mientras que en el caso contrario debería proceder la suspensión (31).

¿Se supone, entonces, que la suspensión podría ser susceptible de aplicación a una pena de cualquier duración siempre que concurra el presupuesto anteriormente mencionado? Algunas autoras se han posicionado a favor de esa posibilidad de no fijar ningún tope máximo (32), con el argumento de que también en los delitos graves puede faltar la peligrosidad del sujeto, pero entendemos que se trata de una postura maximalista y no exenta de cierto peligro dado que puede menoscabar tanto el efecto intimidatorio de la norma penal como el prevalecimiento del orden jurídico (33).

---

por Barquín Sanz, J., «Nuevo impulso expansionista de la pena de prisión. Así se distribuyen las penas en el Código Penal español tras las reformas de 2015. Especial atención a la prisión perpetua», en *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Morillas Cueva, L. (director), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 97-99. A partir de un cuadrante elaborado por el autor sobre el que aplica métodos estadísticos, llega a la conclusión de que la prisión sigue siendo la sanción penal por antonomasia y que el camino por el que sigue optando el legislador es el de la expansión de la pena de prisión, una tendencia evidenciada tras las distintas reformas del C. P., incluida la llevada a cabo por la L. O. 1/2015: de hecho, según el mencionado autor, sólo dejaría de presentarse en el 23,39 % de las disposiciones punitivas. Como concluye Alonso Buzo, R., «La nueva regulación de la suspensión de la pena tras la reforma del Código Penal: necesidad de la creación de la figura del juez de ejecución de penas», *La Ley*, núm. 8654, 26 de noviembre de 2015, p. 1, en estos últimos tiempos en que son frecuentes las propuestas de reformas para endurecer las penas, lo que obedece en muchos casos a meras decisiones de oportunidad política basadas en un populismo punitivo, «cada vez irá teniendo mayor importancia la institución de la suspensión de la pena de prisión».

(31) Seguimos en este punto la postura adoptada por Trapero Barreales, M. A., *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 77.

(32) Es el caso de Larrauri Pijoán, E., «Suspensión y sustitución de la pena…», *op. cit.*, p. 211, y de Sanz Mulas, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades españolas y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000, p. 296.

(33) Tal peligro es apreciado por Choclán Montalvo, J. A. en Calderón Cerezo, A., y Choclán Montalvo, J. A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Deusto Jurídico, Barcelona, 2005, p. 417, al reconocer que en la actualidad los delitos catalogados como graves pueden «ser alcanzados por la regulación de la suspensión»,

A la hora de concretar ese límite máximo temporal de las penas susceptibles de suspensión, hay quienes elevan el mismo hasta los cinco años de prisión (34). Cabe considerar dicho límite como el más adecuado para posibilitar la efectiva presencia de un modelo rehabilitador al tiempo que obedece a un criterio sistemático fundado en la propia regulación del C. P.: en el artículo 33.3.a) de dicho Texto punitivo se clasifica como pena menos grave la prisión de tres meses hasta cinco años, y parece como más adecuado configurar un paradigma que gire en torno a la posibilidad de suspender las penas leves y menos graves, pero no las penas graves porque la renuncia a hacer efectivas las mismas sí podría implicar una debilitación de la eficacia intimidatoria de la norma penal.

Conforme se expuso con anterioridad, se estima procedente una reforma que extienda la posibilidad de suspensión a cualquier tipo de pena que tenga carácter de leve o menos grave, y no sólo a las penas privativas de libertad: se podría extender dicha suspensión a cualquier tipo de pena si atendemos a esa voluntad expresa manifestada por el legislador de evitar ese peligro de reiteración delictiva o reincidencia que Abel Souto clarifica con una propuesta de fórmula más coherente y no tan retorcida como la actual: que la ejecución «no sea necesaria para evitar que el penado vuelva a delinquir» (35), y ello sería predicable de cualquier tipo de pena. Es decir, que junto a la tradicional finalidad de la suspensión de la pena de evitar la desocialización como consecuencia del ingreso en prisión del penado (36), ahora se erige en presupuesto básico de su concesión «una razonable expectativa de innecesaria ejecución para evitar que el penado vuelva a delinquir» (37), y esa fórmula de innegable naturaleza preventivo especial negativa admite sin necesidad de interpretaciones forzadas la posibilidad de incluir como objeto de la suspensión penas distintas de las privativas de libertad.

Además, y puesto que la suspensión opera sobre las penas efectivamente impuestas en sentencia, también cabría la suspensión de las mismas que, apareciendo en la configuración del respectivo tipo penal

---

si bien entiende que, probablemente, cuando se trate de infracciones de gravedad la defensa del orden jurídico aconsejará no suspender la ejecución de la pena».

(34) Sería el caso de Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución…*, *op. cit.*, p. 42; Grupo de Estudios de Política Criminal, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente. 25 años de trabajo del Grupo de Estudios de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 203; Prat Westerlindh, C., *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/*2003, Dykinson, Madrid, 2004, p. 43.

(35) Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución…*, *op. cit.*, p. 47.

(36) Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edic., *op. cit.*, p. 548.

(37) Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución…*, *op. cit.*, p. 49.

como graves en abstracto, pasan a tener en el caso concreto la consideración de leves o menos graves, siempre que no superen el umbral penológico previsto para estas últimas.

En definitiva, las penas susceptibles de suspensión quedarían concretadas de la siguiente manera:

1.º Las penas leves contenidas en el artículo 33.4 del C. P. (38)

2.º Las penas menos graves que se enumeran en el artículo 33.3 del C. P.

3.º Las penas que, estando configuradas inicialmente como graves, pasan a ser en el caso concreto por su duración menos graves o leves por distintos motivos (degradación de las mismas como consecuencia de la individualización en el caso concreto, indulto parcial, conformidad, por aplicación retroactiva de una disposición posterior más favorable…).

2. **La determinación de la prognosis delictiva del penado**

2.1 Un cambio en el presupuesto determinante de la suspensión

Con anterioridad a la reforma llevada a cabo en el C. P. por la L. O. 1/2015, el presupuesto legal que habilitaba la aplicación de la suspensión era fundamentalmente la «peligrosidad criminal del sujeto», criterio de difícil concreción que se complementaba con otro criterio de marcado carácter objetivo y que se refería a la existencia de «otros procedimientos penales» contra el penado.

Podríamos decir que resultaba «anómalo» el hecho de utilizar en el ámbito de las penas un término propio de las medidas de seguridad: en este sentido el artículo 6.1 de nuestro C. P. especifica literalmente que «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan…», y es precisamente esa incorporación legal al ámbito de la suspensión de la pena la que provocó una indeterminación en su exégesis que ha dado lugar a distintas interpretaciones (39). Se hacía necesario, en definitiva, una

(38) Debe precisarse la necesidad de una modificación del artículo 71.2 del Código Penal que tras la reforma llevada a cabo por L. O. 1/2015 ha suprimido la posibilidad de suspensión, según se establecía en la redacción precedente, para dejar tan solo la opción de la sustitución.

(39) De ello se hace eco Cervelló Donderis, V., en su artículo titulado «Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena», *La Ley Penal*, núm. 106, enero-febrero de 2014, p. 3, cuando se refiere a tres posturas doctrinales en torno a la concreción de dicha expresión: una

nueva redacción del presupuesto habilitante de la suspensión de la ejecución de la pena.

Sin embargo, la nueva redacción adolece de cierto retorcimiento terminológico que no termina de aclarar la cuestión, al haberse sustituido la peligrosidad criminal por la locución «cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos». El nuevo ropaje expresivo no debe hacernos pensar que la peligrosidad criminal como criterio rector ya ha desaparecido (40).

Lo que sí queda de manifiesto tras la reforma es la orientación de política criminal por la que opta el legislador: la suspensión se explica

---

primera mantenida por Mapelli Caffarena, que la define como «la situación de carácter subjetivo que debe deducirse de las circunstancias objetivas-subjetivas, así como de factores sociales concurrentes y que permite prever que el sujeto volverá a cometer delitos en el futuro»; una segunda, defendida entre otros por Hurtado Yelo, que lo considera un criterio de prevención general, ya que «se trata de prevenir a la sociedad frente a futuros actos delictivos del penado y salvaguardarla del peligro que supone la libertad del penado»; y una tercera que la vinculan, como Llorca Ortega, a un fundamento de prevención especial, que lo define como «los factores a través de los cuales pueda deducirse que en el sujeto no existe una resistencia de integración social de modo que la pena resulte perturbadora o simplemente innecesaria».

(40) En contra de la tesis continuista se manifiesta Trapero Barreales, M. A., «El presupuesto de la suspensión, art. 80.1 Código Penal: ¿un cambio en su planteamiento?», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, III, época II, diciembre de 2016, p. 95, pero se trata de una postura minoritaria dentro de la doctrina española, para quien mayoritariamente bajo la nueva redacción se sigue escondiendo de forma implícita la peligrosidad criminal del sujeto como criterio determinante de la suspensión. Así, Téllez Aguilera, A., «El Libro Primero del Código Penal tras la L. O. 1/2015», *La Ley Penal*, núm. 114, mayo-junio de 2015, p. 9; Barquín Sanz, J., «De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional», en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, L. (director), Dykinson, Madrid, 2015, p. 229, para quien sólo «el esfuerzo para reparar el daño causado» quedaría fuera del tradicional contenido implícito de la peligrosidad criminal; Gracia Martín, L., Boldova Pasamar, M. A., y Alastuey Dobón, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Gracia Martín, L. (coordinador), 5.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 150; Sánchez García De Paz, I., en Gómez Tomillo, M. (director): «Artículos 80 a 87», en *Comentarios Prácticos al Código Penal, Parte General, artículos 1-137, Tomo I*, 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 737; Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución de la pena…*, *op. cit.*, p. 49; Vives Antón, T. S., «La reforma penal de 2015…», *op. cit.*, p. 38; Fernández-Gallardo Fernández- Gallardo, J. A., «Peligrosidad criminal y suspensión de las penas privativas de libertad», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, mayo 2020, p. 19, para quien «si bien en la nueva regulación se prescinde de la peligrosidad criminal del sujeto como parámetro al que fundamentalmente se debía atender con la anterior regulación, tal omisión no implica que no haya de ser tenida en cuenta, por cuanto que este elemento sigue estando inserto en el pronóstico de criminalidad futura, habida cuenta de que un pronóstico favorable en este sentido implica hablar de peligrosidad criminal».

en clave de prevención especial negativa (41). El problema radica, precisamente, en efectuar un pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto en base a los limitados instrumentos que otorga al juzgador la actual legislación, siendo cuestionable incluso que los propios jueces puedan tener esa capacidad predictiva sin el apoyo de un informe pericial practicado por un profesional cualificado. Más adelante se tratará de apuntar una solución para superar un déficit legal en una materia que se nos antoja como decisiva en el adecuado funcionamiento de la institución.

Desde otro punto de vista, no puede pasar desapercibido el hecho de que la prevención especial negativa puede llevar a una tendencia «inocuizadora» del penado que nos puede hacer olvidar lo que constituye la esencia fundamental de la suspensión de la ejecución de la pena: la rehabilitación y la reinserción social del penado, objetivos que han de tener un carácter preferente y que el propio T. C. se encarga de destacar, al indicar que la suspensión tiende a «… la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde un punto de vista preventivo» (STC 224/19992, de 14 de diciembre; y en el mismo sentido STC 209/1993, de 28 de junio, STC 115/1997, de 16 de junio, STC 110/2003, de 16 de junio y STC 222/2007, de 8 de octubre). El modelo rehabilitador queda avalado así por la Jurisprudencia Constitucional en esta materia, y también es defendido de forma vehemente en la doctrina por algún autor (42).

---

(41) Compartimos en este extremo la posición mantenida por García Albero, R., «La suspensión de la ejecución de las penas», en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares, G. (director), 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 145 -146. Indica el citado autor que «a la conformación de tal pronóstico se enfila, exclusivamente, la valoración de los factores que luego recoge el artículo», añadiendo que, «en consecuencia, los elementos que deben conformar el juicio pronóstico han de conectarse funcionalmente con el riesgo de reincidencia, o como mínimo de reiteración delictiva».

(42) Es el caso de Cid Moliné, J., quien en *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión,* 1.ª edición, Bosch, Barcelona, 2009, p. 90 y ss., opta por la preeminencia de dicho modelo rehabilitador, que a su juicio no sólo persigue la rehabilitación del reo, sino que también busca la protección de la colectividad y de la víctima frente a posibles nuevos delitos de la persona condenada, así como la reparación por los perjuicios causados por la infracción penal, finalidades todas ellas que difícilmente pueden generar controversia.

Sea como fuere, lo cierto es que el presupuesto que habilita la concesión de la suspensión es un juicio o pronóstico de reiteración delictiva, y que dicho pronóstico ha de ser realizado por los jueces. El párrafo segundo del artículo 80.1 del C. P. recoge un catálogo de criterios que deben servir al juez para tomar esa decisión. ¿Sería suficiente un juicio de ponderación basado exclusivamente en los mismos? Tal pregunta va a intentar obtener respuesta en el siguiente epígrafe.

2.2 Criterios a tener en cuenta por los jueces y tribunales a la hora de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena

El actual artículo 80. 1 párrafo segundo del C. P. introduce una serie de criterios (43) que han de ser susceptibles de valoración para acordar, en su caso, la suspensión de la ejecución de la pena. Conforme al tenor literal del mencionado precepto, son los siguientes:

> «las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo por reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas».

Se va a proceder a efectuar una breve exégesis de las mismas para determinar si la valoración de tales circunstancias constituye una pauta suficiente para que los jueces y tribunales puedan llevar a cabo una adecuada prognosis de la posterior conducta del penado.

Vamos a comenzar por el que, a nuestro juicio, constituye el único parámetro que puede ser valorado por el juez o tribunal sin necesidad de un informe de prognosis criminal: «la conducta posterior al hecho» del penado, «en particular su esfuerzo para reparar el daño causado». En efecto, se trata del único criterio de los contenidos en el artículo 80.1

(43) Se ha hecho referencia al carácter más prolijo de la enumeración por parte de Manzanares Samaniego, J. L., *Comentarios al Código Penal (Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Wolters Kluwer, Las Rozas, Madrid, 2016, p. 358. Tal afirmación, con ser cierta, admite una serie de matizaciones: en la anterior redacción del artículo 80.1 se incluía junto a la peligrosidad una referencia a la existencia de otros procedimientos penales contra el reo, pero tal criterio se complementaba con otros que se especificaban en el artículo 80.2 y que se concretaban en «las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena». Y, por otro lado, la conducta del penado y su esfuerzo por reparar el daño eran circunstancias ya mencionadas en el antiguo artículo 88 C. P. como criterios a tener en cuenta a la hora de valorar la posible sustitución de la pena.

párrafo 2.º que permite al juez apreciar, de forma directa y sin necesidad de un informe adicional, la relevancia de la actuación del penado, su comportamiento posterior al hecho como indicativo de una actitud tendente a disminuir los efectos causados por el delito. Aunque la concreción de su contenido ha suscitado distintas posturas en la doctrina (44), lo que caracteriza al indicado parámetro (frente a los demás que vamos a analizar a continuación) es que el juez o tribunal sólo necesita de su apreciación directa de la conducta del penado con posterioridad al hecho. Ya adelantamos que esa apreciación por el juez no es suficiente para evaluar los demás indicadores, que para ello resultaría imprescindible el asesoramiento de especialistas en la materia, pero el legislador no contempla esa posibilidad.

Los restantes elementos a valorar a la hora de conceder la suspensión difícilmente pueden ser apreciados directamente. En cuanto a «las circunstancias del delito cometido», una primera y más fácil interpretación implicaría identificar las mismas con las atenuantes y agravantes genéricas mencionadas en el C. P., pero tal interpretación resulta inaceptable, ya que supondría volver a valorar en ejecución unas circunstancias que en su caso ya habrían supuesto una modulación de la pena a la hora de dictar sentencia. Por eso se entiende que las mismas se refieren al contexto del hecho (45), a la concurrencia o no de «factores criminógenos, históricos, contextuales o motivacionales» (46), factores que un juez no puede discernir a partir de una simple labor intuitiva.

Algo parecido ocurre con las «circunstancias personales». Una primera consideración debe retrotraernos al precedente de la expre-

---

(44) Desde su apreciación como comportamiento dirigido a «disminuir los efectos negativos del delito, facilitando su descubrimiento y enjuiciamiento, reparando el daño causado o de otro modo», según indica Cardenal Montraveta, S., «Arts. 80 a 89», *Comentarios al Código Penal…*, *op. cit.*, p. 316, hasta su consideración para Tamarit Sumalla, J. M., «Artículos 80-87», en *Comentarios al Código Penal…*, *op. cit.*, p. 633, como instrumento para «dar satisfacción a los intereses de la víctima», pasando por su caracterización como «conductas posteriores al hecho tendentes a la reparación moral del daño» o «programas de mediación», según indica Sánchez García De Paz, I., «Arts. 80 a 87», en Gómez Tomillo, M. (director), *Comentarios prácticos al Código Penal…*, *op. cit.*, p. 739.

(45) Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General…*, *op. cit.*, p. 548.

(46) García Albero, R., «La suspensión de la ejecución…», *op. cit.*, p. 146; en el mismo sentido Rasillo López, M. P., «La suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad», *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ,* núm. 21, 2021, p. 18, para quien tales circunstancias no pueden ser identificadas ni con la naturaleza del hecho, a la que se atenderá para resolver sobre la suspensión sustitutiva, ni con la gravedad del hecho o con las agravantes o atenuantes, ya tenidas en cuenta a la hora de determinar la pena.

sión indicada, que en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 3 de abril de 2013 se concretaba en la referencia a la «personalidad» del penado, término de todo punto inadecuado en tanto que parece remitir al llamado «Derecho Penal de autor», más propio de un momento anterior de nuestro Derecho punitivo y poco garante con los derechos del penado (47).

De cualquier forma, si bien la nueva expresión resulta más afortunada y se desenvuelve dentro del llamado «Derecho penal del hecho», no por ello supone una mayor facilidad en la determinación de su contenido, variando en su concreción desde la toma en consideración, entre otras muchas cosas, del «arrepentimiento del condenado, sus responsabilidades o las circunstancias laborales, como el tipo de trabajo y las expectativas de mantenerlo» (48), hasta la toma en consideración de «rasgos de su personalidad, de su conducta o de su biografía que faciliten o disminuyan la probabilidad de comisión de nuevos delitos, rasgos entre los que puede tener especial importancia la adicción criminógena a sustancias de abuso…» (49).

Vemos, en cualquier caso, que difícilmente se pueden concretar esas circunstancias personales sin el correspondiente informe de prognosis criminal.

En la misma línea debe ser interpretado el parámetro «antecedentes», que viene a sustituir la expresión contenida en el párrafo segundo del artículo 80.1 del Código penal en su anterior redacción, en la que se atendía a «la existencia de otros procedimientos penales» contra el sujeto, una locución desafortunada por su inconcreción, al quedar abierta la posibilidad de inclusión de cualquier otro procedimiento penal contra el reo, sin indicación de la fase del proceso en que se debía encontrar, y por su dudosa constitucionalidad, al permitir que se tuvieran en cuenta procedimientos no terminados por sentencia firme, algo que no era susceptible de conciliación con el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 C. E.

Resultará fácil la tentación de identificar la nueva expresión con los antecedentes penales del autor, objetivables en su percepción

(47) Así lo entiende Roig Torres, M., «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor», *Revista Penal,* núm. 33, enero 2014, p. 198, cuando afirma que la valoración de la personalidad del condenado implicaba un juicio que a su modo de ver «se apartaba de las coordenadas de nuestro Derecho penal del hecho», pudiendo dar pie a «consideraciones puramente subjetivas o intuitivas o incluso a prejuicios por parte del juzgador».

(48) Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución…*, *op. cit.*, p. 56.

(49) De Paúl Velasco, J. M., «Comentario de urgencia sobre las modificaciones introducidas por la L. O. 1/2015 en el régimen de la suspensión de condena y de la libertad condicional», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015, p. 6.

mediante la toma en consideración de los antecedentes contenidos en la hoja histórico-penal obrante en el Registro Central de Penados y Rebeldes, pero resulta más procedente efectuar una interpretación audaz de dicha locución, que ha de ser identificada con una valoración criminológica de la peligrosidad del sujeto a partir de su trayectoria delictiva (50), algo que vuelve a sobrepasar cualquier valoración apresurada que pueda realizar el juez o tribunal.

Y algo parecido cabe decir de las llamadas «circunstancias familiares y sociales», un factor especialmente útil para valorar la probabilidad de que el sujeto pueda volver a delinquir en el futuro. De entre los parámetros utilizados en el párrafo segundo del artículo 80.1 del C. P., es de los que menos dudas interpretativas puede generar (51). Otra cosa es que una vez más su concreción deba venir diferida a un informe técnico, en este supuesto con mayor motivo puesto que la valoración de circunstancias familiares y sociales excede con mucho de las facultades y conocimientos del juez, al que no cabe otorgarle poderes adivinatorios o taumatúrgicos. De no concurrir tal informe, el juzgador quedaría constreñido a una doble posibilidad: o prescinde de valorar dichas circunstancias, o hace una valoración exenta de cualquier mínimo rigor, basada en los datos obrantes en el procedimiento o en la propia indagación que el juzgador realiza a través de una serie de preguntas al penado.

El último criterio hace referencia a «los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». Se trata de que la suspensión pueda cumplir las finalidades propias de la pena. El legislador está pensando aquí en la finalidad de reeducación y reinserción social prevista en el artículo 25.2 de la C. E., con un claro sentido preventivo-especial, pero volvemos a chocar una vez más con la dificultad de concretar su contenido en la práctica judicial, resultando muy difícil para el juez o tribunal valorar el efecto que quepa esperar de la suspensión sin tener

(50) Compartimos la posición mantenida en este punto por Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho penal*, con la colaboración de Morales Prats, F., 5.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 599-600, para quien la referencia a los antecedentes implica en realidad una valoración de tipo criminológico en la que el juzgador debe valorar los distintos aspectos de la trayectoria personal del penado, con las connotaciones familiares y sociales que ello comporta.

(51) Entendemos que resulta bastante aproximada la apreciación de Rasillo López, M. P., «La suspensión de la ejecución de penas…», *op. cit.*, p. 19, en el sentido de que dichas circunstancias sociales y familiares, junto a las personales, no plantean dudas interpretativas; Trapero Barreales, M. A., *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución…*», *op. cit.*, p. 94, concreta tales circunstancias familiares y sociales en datos tales como «si el sujeto tiene trabajo, apoyo familiar y social, si está integrado socialmente, o si se ha sometido a un tratamiento que ha servido para controlar el factor de riesgo».

indicadores válidos para ello y sin que de la sentencia condenatoria se puedan obtener tales indicadores (52).

Queda expuesta, en definitiva, la dificultad que los jueces y tribunales van a tener en la práctica para concretar sin el respaldo del correspondiente informe técnico el contenido de la mayoría de los parámetros determinantes de la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena. Por ello no cabe valorar de forma positiva la nueva redacción que la L. O. 1/2015 vino a dar al artículo 82 del C. P. Dicho precepto, en su redacción anterior, establecía que una vez declarada la firmeza de la sentencia los jueces o tribunales debían pronunciarse sobre la concesión o no de la suspensión de la pena «con la mayor urgencia». El texto actual del indicado precepto da otra vuelta de tuerca en la búsqueda de la celeridad a la hora de pronunciarse sobre dicha suspensión, y determina que «el juez o tribunal resolverá en sentencia… siempre que ello resulte posible».

La mencionada disposición, que opta por la rapidez en la decisión, se aviene mal con la imprescindible aportación de un informe criminológico, informe cuya elaboración ha de llevar su tiempo. La celeridad a la hora de dictar una resolución no puede ser preferente a la seguridad de una resolución que adolezca de mayor tardanza pero basada en un informe técnico, salvo que dicho informe sea emitido con anterioridad al acto del juicio, algo que podría ser inoperante en la práctica por el volumen que implicaría la emisión de un informe por cada juicio a celebrar, al tiempo que podría propiciar que el órgano sentenciador se vea influido por dicho informe a la hora de discernir en torno a la culpabilidad del acusado.

Como veremos a continuación, resulta posible solventar de forma adecuada tal anomalía.

2.3 **La necesidad del informe criminológico**

A la hora de analizar los métodos jurídicos-criminológicos susceptibles de acreditar la peligrosidad criminal del penado, Cervelló Donderis alude a varios sistemas de predicción del comportamiento futuro:

1.º Intuitivo, que es aquel que utiliza el juez apoyándose en ciertos indicios a partir de su experiencia y de la propia observación subjetiva de la realidad;

(52) En este sentido Trapero Barreales, M. A., *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución...*, *op. cit.*, p. 96.

2.º Anamnésico, basado en un análisis objetivo de determinados aspectos del pasado, sin vocación por tanto de predecir una conducta futura;

3.º Categórico o estadístico, que es susceptible de predecir el comportamiento futuro del sujeto a partir de la experiencia obtenida de otros sujetos (53).

Una versión más actualizada de tales métodos es la propuesta por Cid Moliné, que distingue entre métodos basados en el análisis del caso concreto por parte del profesional, métodos actuariales, que determinan la posibilidad de un comportamiento delictivo de la persona a partir del conocimiento de los factores de riesgo asociados a la reincidencia, y métodos basados en el análisis de riesgo, que parten de la base de valorar factores tanto estáticos como dinámicos (54).

Tal enumeración de métodos, algunos de los cuales denotan cierta sofisticación, no esconden la dura realidad de la práctica judicial en nuestro país: se recurre por nuestros jueces y tribunales de forma casi exclusiva a un método intuitivo, intuición que además ha de ser fulgurante desde el momento en que, tras la reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2015, el artículo 82.1 de nuestro Texto punitivo urge a resolver en sentencia sobre la suspensión de la pena «siempre que ello sea posible», y, para el caso de que no lo sea, preceptúa a continuación que «se pronunciará con la mayor urgencia» una vez declarada la firmeza de la sentencia.

La doctrina se ha pronunciado de forma tajante sobre la necesidad de superar esta situación, reivindicando un apoyo técnico que pueda servir de base a una decisión tan relevante (55). Ahora bien, ¿en qué

(53) Cervelló Donderis, V., «Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro…», *op. cit.*, pp. 12-13.

(54) Cid Moliné, J., *La elección del castigo…*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

(55) Baste con citar a Trapero Barreales, M. A., *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución…*, *op. cit.*, p. 110, quien indica de forma clara «la necesidad de contar con informes de expertos antes de adoptar una decisión en torno a la suspensión o ejecución de la pena privativa de libertad», dado que «en la valoración de si concurre o no el presupuesto que fundamenta la suspensión se sigue omitiendo la necesaria evaluación del penado por personal especializado»; Ayala García, J. M., y Echano Basaldua, J. I., «La suspensión de la pena tras la L. O. 1/2015», en *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Landa Gorostiza, J. M. (director), Garro Carrera, E. y Ortubay Fuentes, M. (coordinadoras), Dykinson, Madrid, 2016, p. 204, que llegan a objetar de forma contundente la situación actual al especificar que «resulta chocante y muy criticable que no se establezca la obligatoriedad de un informe psicosocial que haga llegar al proceso el conjunto de elementos de juicio a que alude el texto legal, ya que su conocimiento por el órgano jurisdiccional resulta insoslayable para poder realizar la tarea que se le impone»; Sánchez García de Paz, I., en Gómez Tomillo, M. (director): «Arts. 80 a 87», en *Comentarios prácti-*

debe consistir ese informe técnico y de qué manera se debe incorporar al procedimiento?

Si atendemos a la normativa vigente en el ámbito procesal, el informe pericial se encuentra regulado en los artículos 456 y siguientes de la LECrim., especificando en concreto el precepto indicado que los informes periciales serán acordados por el Juez «cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos». A pesar de que el tenor literal del artículo se refiere al nombramiento por el juez de un perito en fase de instrucción, en modo alguno dicho tenor literal impediría su nombramiento en ejecución de sentencia. Otra cosa es que desde el punto de vista práctico o económico resulte viable tener que nombrar un perito *ad hoc* cada vez que haya que decidir sobre la suspensión de una pena privativa de libertad. El tipo de informe necesario en estos casos no puede ser encuadrable ni el ámbito de la Policía Científica (normalmente referidos a huellas dactilares, análisis balísticos, sangre, ADN…) ni en el Instituto de Medicina Legal, donde los Médicos Forenses desempeñan su función preferentemente en el ámbito del tratamiento médico y del diagnóstico de imputabilidad.

Resulta muy interesante comprobar la previsión que en este aspecto se contiene en la jurisdicción de menores, en concreto en el artículo 27 de la L. O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que prevé la emisión de forma preceptiva por el llamado «equipo técnico» de un informe «sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley». Ese informe multidisciplinar sería lo más parecido al informe técnico susceptible de ser utilizado para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena, pero es evidente que no podemos obviar que resultaría costoso, desde el punto de vista económico y organizativo, la constitución de equipos técnicos en el ámbito del Derecho penal de adultos.

---

cos al Código Penal..., *op. cit.*, p. 739, quien va a postular la conveniencia de «la elaboración en cada caso de un informe psicosocial de prognosis criminal del penado, por los profesionales competentes…»; CERVELLÓ DONDERIS, V., «Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro…», *op. cit.*, p. 21, que abiertamente se muestra partidaria de un informe criminológico adecuado «que examine todas las variables relevantes para indicar factores de riesgo…»; y en esa misma línea se sitúa ABEL SOUTO, M., *La suspensión de la ejecución de la pena...*, *op. cit.*, p. 50, quien estima que resulta criticable «que los jueces no empleen normalmente métodos criminológicos para evaluar el riesgo y los factores criminógenos…».

La anterior afirmación no debe hacernos olvidar que en Cataluña sí se vienen realizando de forma institucionalizada en el ámbito de la justicia penal informes sociales, y que los encargados de elaborarlos son los llamados «Equipos de Asesoramiento Técnico Penal (EATP)», órganos distribuidos territorialmente y compuestos por trabajadores sociales y psicólogos especializados en la realización de informes sociales, psicosociales y psicológicos en el ámbito judicial. Una de las líneas de asesoramiento se refiere precisamente a las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, a partir de una cuidadosa valoración del perfil personal y social, así como de otros aspectos relevantes a fin de valorar la posible suspensión de la pena de prisión. De hecho, un estudio sobre la materia indica que la fase de ejecución de sentencia resulta un momento idóneo para la emisión de este tipo de informes sociales (56).

Con todo, entendemos que dicho informe psicosocial ha de ser complementado por profesionales más especializados en la delimitación de la prognosis criminal (favorable o desfavorable) del penado, así como en el pronóstico de reinserción social. Nos referimos al denominado «informe criminológico», que deberá ser emitido por un criminólogo, que se erige así en experto multidisciplinar que coadyuva con la Administración de Justicia a través de la aprehensión del hecho criminal en sus distintas vertientes, superando la consideración del delito y del delincuente como conceptos meramente dogmáticos y suministrando así al juez o tribunal conocimientos empíricos sobre materias que exceden del ámbito meramente normativo. El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de mayo de 2013, reconoce «el carácter técnico de la ciencia criminológica», y estudios doctrinales reivindican su especial relevancia y utilidad en el ámbito de la ejecución penal (57). En definitiva, se considera

(56) Larrauri Pijoán, E., y Zorrilla, N., «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional», *InDret*, 3/2014, p. 9. Resulta muy concluyente el estudio que llevan a cabo las indicadas autoras: el informe social en la práctica judicial cotidiana ocupa un rol de especial importancia en fase de ejecución, ya que el 100 % de los órganos judiciales los solicitaron en dicha fase.

(57) Baste citar a Subijana Zunzunegui, I. J., «El informe criminológico en el ámbito judicial», *Eguzkilore*, núm. 11, diciembre 1997, p. 144, quien entiende que, de no contar con tal auxilio, el juez «sustituye el modelo constitucional de respuesta judicial… por un modelo ad hoc en el que la voluntad usurpa el lugar del raciocinio y emerge una decisión cuyos fundamentos, de existir, única y exclusivamente se encuentran en el arcano de la personalidad del juez»; y a Climent Durán, C.; Garrido Genovés, V., y Guardiol A García, J., *El informe criminológico forense. Teoría y práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 51, destacando tales autores la gran importancia del informe criminológico para resolver sobre la suspensión de la

muy conveniente la presencia de criminólogos junto a psicólogos y asistentes sociales para la elaboración de un informe psicosocial de prognosis criminal del penado.

Tal previsión no puede ser considerada como ciencia ficción en nuestro ordenamiento. Precisamente, los Servicios Sociales Penitenciarios, actualmente denominados Servicios de gestión de penas y medidas alternativas, fueron regulados en el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, y en su Título IX se refería a las prestaciones de la Administración penitenciaria. A su vez, el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, tenía por objeto la regulación de las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana, que fue sustituido por el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecían las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, «así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad». Pues bien, el artículo 28 del citado R. D. establecía en su apartado 1 que antes del juicio oral el juez o tribunal podía solicitar a los servicios sociales penitenciarios un informe social sobre la situación del imputado, y el apartado 3 del mismo precepto especificaba que, asimismo, una vez recaída sentencia, la autoridad judicial podría solicitar dichos informes «a los efectos de revisión de medidas, concesión de suspensión de condena, sustitución de penas…». Es decir, en dicha normativa reglamentaria se contemplaba la competencia de la Administración penitenciaria para la emisión de este tipo de informes. Sin embargo, tal previsión fue suprimida por el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, que a su vez derogó el R. D. 515/2005. En vez de avanzar, se produjo una involución en este aspecto.

La solución radica en volver a otorgar al Servicio de gestión de penas y medidas alternativas la facultad de dictar informes de prognosis criminal desarrollando esa tibia competencia que asumía en aquel momento. Indicamos la tibieza de tal atribución bajo el indicado R. D. 515/2005 debido a que la solicitud de los informes era potestativa para el juez o tribunal, porque la regulación resultaba más bien laxa y no concretaba quién debía emitir los informes y además porque la

---

ejecución de la pena, ponderando aspectos como el riesgo de reincidencia del penado, sus características personales y si es real su voluntad de reparar el daño causado.

dotación de medios personales con que contaban tales servicios era reducida (58).

En la actualidad se debería producir un cambio legislativo que otorgara a dichos Servicios de gestión de penas la asunción de la competencia de dictar dichos informes bajo las siguientes directrices:

a) La emisión de tales informes se debería exigir de forma imperativa y no potestativa, y más en el actual momento en que, tras la reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2015, el margen de discrecionalidad del juez ha aumentado considerablemente;

b) Dicho informe deberá ser integral, emitido por la actuación conjunta de profesionales encuadrados en distintas disciplinas (fundamentalmente criminólogos, psicólogos y asistentes sociales);

c) Para ello ha de llevarse a cabo una generosa inversión económica que provea a tales Servicios de los medios materiales y personales precisos. De lo contrario tal previsión quedaría limitada en la práctica a una mera declaración de principios.

Cabe destacar que ya en el artículo 923 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 se volvía a otorgar al tribunal la posibilidad de recabar informes de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas sobre las circunstancias determinantes de la aplicación de medidas alternativas, de manera que *de lege ferenda* ya se optaba por la postura que en este momento venimos manteniendo.

Por alguna autora se ha mantenido que la valoración de las circunstancias familiares y sociales del penado puede generar una reducción de expectativas de concesión de la suspensión (59), pero ello sucedería precisamente si el juez no estuviese asistido por los indicados profesionales, quienes elaboran sus informes desde un punto de vista técnico. Es más, dichos informes serán individualizados, adaptados a las circunstancias de cada sujeto, lo que debe implicar un mayor desarrollo de la imposición de reglas de conducta, entendidas como instrumento de intervención en todo caso (60), que estimamos resul-

(58) Así lo indica Sánchez García de Paz, I., en Gómez Tomillo, M. (director): «Arts. 80 a 87», en *Comentarios prácticos al Código Penal…*, *op. cit.*, p. 740, quien desde su experiencia en la práctica llega a afirmar que, de haber sido solicitados dichos informes por los órganos judiciales de forma habitual, no habría habido capacidad técnica para hacer frente a tales peticiones.

(59) En concreto se trata de Roig Torres, M., «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal…», *op. cit.*, p. 198-199, quien se refiere a los supuestos de sujetos pertenecientes a familias relacionadas con la criminalidad.

(60) Cervelló Donderis, V., «Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro…», *op. cit.*, p. 21.

tan fundamentales para una caracterización de la suspensión de la pena entendida como instrumento de resocialización del penado.

3. La supresión del requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil y haber hecho efectivo el decomiso

3.1 La supresión del pago de la responsabilidad civil

3.1.1 *Antecedentes legislativos*

De forma breve cabe recordar que el pago de la responsabilidad civil como requisito no siempre ha estado presente en la legislación sobre esta materia. La Ley de Condena Condicional de 1908 establecía en su artículo 2 como requisitos para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena el que el delincuente fuera primario, que no hubiese sido declarado en rebeldía y que la pena fuese privativa de libertad y no excediese de un año. Ninguna referencia, por tanto, al pago de la responsabilidad civil.

La misma postura van a adoptar los siguientes Códigos penales y las leyes de reforma de los mismos hasta llegar al Código Penal de 1995, que introdujo como gran novedad en su artículo 81. 3.ª, como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena, el que se hubieran satisfecho las responsabilidades civiles (61), salvo que el Juez o Tribunal hubiera declarado «la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas».

Otro importante hito en esta materia lo constituye la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas. En dicha L. O. se incluyó la novedosa posibilidad de que el Juez de Instrucción pudiese dictar sentencia de conformidad sin entrar a enjuiciar los hechos, y en el artículo 801.2 de la LECrim. se estableció que para el caso de que la pena impuesta en la sentencia de conformidad fuera privativa de libertad, el juez de instrucción debía resolver lo procedente sobre su suspensión. Y es aquí donde se produce esa importante novedad en la institución objeto de nuestro estudio, dado que, en materia de responsabilidad civil como requisito de la concesión de la suspensión, bastaba con «el compromiso del acusado» de

(61) Nuevo requisito que, como apunta la doctrina, representa un requisito de marcado carácter victimológico: Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General...*; *op. cit.*, p. 731; García Albero, R., «La suspensión de la ejecución…», *op. cit.*, p. 151; Ayala García, J. M., y Echano Basaldúa, J. I., «La suspensión de la pena…», *op. cit.*, p. 208.

satisfacer la misma «en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia fije». Dicho de otra manera, la palabra del acusado sin ningún otro sustento que diera credibilidad a la misma bastaba para la suspensión de la ejecución de la pena.

La reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2015 introdujo en el C. P. tal previsión, si bien con matices. Como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena se sigue exigiendo el pago de las responsabilidades civiles, e igualmente se sigue entendiendo en el artículo 80.2. 3.ª párrafo segundo que dicho requisito se entenderá cumplido «cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer» las mismas, si bien a continuación el legislador viene a añadir una serie de cautelas que en principio se encontrarían en la línea de intentar asegurar el pago de dicha responsabilidad civil:

– Que el penado asuma el compromiso de pago «de acuerdo a su capacidad económica»;
– Que «sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine»;
– Que en atención al alcance de la responsabilidad civil y del impacto social del delito, el juez o tribunal «podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento».

El problema vendría dado por la falta de rigor terminológico que se observa a lo largo de estos artículos en relación con la responsabilidad civil, una confusión terminológica que puede llevar a vacilaciones a la hora de que el juez o tribunal pueda discernir lo procedente a la hora de aplicar la norma. Así, en el párrafo segundo del artículo 80.3, al referirse a la suspensión excepcional, ya no habla sólo de la capacidad económica del penado para la reparación del daño, sino que también alude a sus «posibilidades físicas» (62), y en el artículo 80.1, especifica que uno de los presupuestos a valorar para la concesión de la suspensión al condenado ha de ser «su esfuerzo para reparar el daño», como si lo relevante fuera realmente la voluntad propicia a la reparación del daño con independencia del resultado resarcitorio conseguido. Si a ello añadimos que el artículo 84.1. 1.º del propio C. P. determina que el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, algo que es a su vez distinto a un estricto acuerdo resarcitorio,

(62) Según Alastuey Dobón, C., «La suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de «prestaciones o medidas», *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XLI, 2021, p. 1287, «la mención a las posibilidades físicas del penado parece estar pensada para los casos en que la reparación consiste en una obligación de hacer…».

surgen las dudas acerca de lo que el legislador ha pretendido en este ámbito del pago de la responsabilidad civil.

Además, en el artículo 86.1.d) introduce como novedad la posibilidad de que el juez o tribunal revoque la suspensión en el caso de que el penado hubiera facilitado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes, sobre su patrimonio, o cuando no diera cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles pudiendo hacerlo.

3.1.2 *La reforma introducida por la L. O. 1/2015*

En este punto el legislador de 2015 apuesta por la celeridad como criterio rector de la reforma frente a cualquier otra consideración. Basta para tomar conciencia de ello con la simple lectura del Preámbulo de la indicada L. O. cuando se refiere a ello: «el sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia. Por ello se introduce un sistema inverso al actual…». A nuestro juicio ello implica que para poder decidir de forma fulgurante sobre la suspensión el juez o tribunal se ha de volver más laxo en cuanto a las exigencias para la concesión de dicha suspensión, y si luego se descubre que el penado ha mentido en cuanto a la designación de bienes o ha incumplido un compromiso de pago que puede haber sido concedido a la ligera, entonces se desanda lo mal andado y se revoca una suspensión que probablemente no se debió conceder.

Dicho de otra manera, si bien el sistema de comprobación de la posible capacidad económica del penado conforme a la anterior redacción del artículo 81.3.ª resultaba irreal, dado que su ponderación debía ser realizada por el juez o tribunal a partir de la única exigencia de tener que «oír a los interesados y al Ministerio Fiscal», el nuevo sistema tras la L. O. 1/2015 presupone la colaboración del penado y algo más, que dicho penado está proporcionando una serie de datos relativos a su patrimonio que responden a la realidad (63).

(63) Se muestra optimista en cuanto a la actitud que va a adoptar el penado en esa tesitura De Urbano Castriilo, E., «La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, p. 9, porque entiende que «se obliga o mejor, se responsabiliza al condenado, a colaborar activamente en esta cuestión, de la que depende obtener o no, la suspensión de la condena; más escéptico, escepticismo que compartimos, se muestra Goyena Huerta, J., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 38, 2015, pp. 9 -10, al considerar que tanto el pago de la responsabilidad civil asumido por el penado, como los posibles compromisos ofrecidos por el mismo «pueden diluirse en

Por tanto, se puede concluir, de forma resumida, que la regla general será el otorgamiento de la suspensión, siempre que se ofrezca un compromiso de pago por parte del penado (compromiso que en el caso del art. 308 bis del C. P. incluiría la satisfacción de la deuda tributaria o de la deuda frente a la Seguridad Social o el reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas).

Sin embargo, el nuevo sistema ofrece flanco a la crítica: si se otorga la suspensión en base al simple ofrecimiento del penado de proceder al pago conforme al compromiso que va a asumir, se estaría concediendo dicha suspensión en base a la mera audiencia de la persona que va a disfrutar de ese beneficio, lo cual supondría una regresión respecto del sistema anterior que además exigía la audiencia de los demás interesados y del Ministerio Fiscal. Y si por el contrario el juez o tribunal recurre al auxilio de una serie de comprobaciones que corroboren la palabra del condenado se produciría una ralentización en el proceso de concesión de la suspensión, de todo punto contradictorio con la pretendida celeridad de la que hace gala el legislador.

Procedamos a valorar la fiabilidad de los medios de los que se puede valer el órgano judicial para discernir la verdadera situación económica del penado.

3.1.3 *La comprobación por el órgano judicial de la situación patrimonial del penado*

Tanto si el penado se compromete al pago de la responsabilidad civil en el plazo «prudencial» que el juez o tribunal determine, como si alega una situación de insolvencia total que le haría imposible cualquier asunción de pago, incluso diferida en el tiempo, el órgano judicial puede estimar la pertinencia de recurrir a algún tipo de información periférica que le ayude a otorgar o a conceder la suspensión a partir de unas bases que supongan una mayor fehaciencia.

En ocasiones será el propio perjudicado quien por sus propios medios, y en base a un conocimiento extrajudicial de determinadas circunstancias relativas al penado, aportará al juzgado o tribunal una serie de informaciones que puedan resultar relevantes y que en ocasiones quedan al margen de la información «oficial» del sistema, como por ejemplo en qué determinada empresa está trabajando «en negro», o la referencia a ciertos signos externos de riqueza que denotan un nivel de vida superior al que indican los distintos datos registrales.

---

una etérea nube de buenas intenciones por parte del penado», y ello presuponiendo, según apreciación propia, que todos los penados puedan ser bienintencionados.

En la práctica judicial se ha venido utilizando (cada vez menos, por cierto) la llamada pieza de responsabilidad civil, pieza separada abierta por el juzgado en fase de instrucción, conforme a lo dispuesto por los artículos 590 y 764.1 de la LECrim. Dicha pieza no resulta realmente fiable por dos razones: en primer lugar, porque se ha convertido en un trámite que en ocasiones se limita a una mera declaración formal de solvencia o insolvencia sin que venga avalada por una actuación de indagación exhaustiva de los bienes del penado; en segundo lugar, porque desde que llega al órgano de enjuiciamiento, y hasta la fase de ejecución de sentencia, se ha podido producir una variación en la situación patrimonial del sujeto obligado al pago que convertiría a dicha pieza en mero papel mojado.

Hay otro método que se viene utilizando de manera predominante en los juzgados y tribunales españoles para la averiguación de la situación económica del penado: el acceso al llamado «Punto Neutro Judicial», que ha sido definido como «una plataforma informática "multipuerta", mediante la cual el usuario autorizado puede contactar con las bases de datos de que disponen otros organismos y entidades que ponen toda esa información al servicio de los fines propios de la Administración de Justicia» (64), siendo el titular de la plataforma y encargado de su desarrollo y gestión el CGPJ. El acceso al mismo se permite a todos los usuarios (funcionarios) de los órganos judiciales siempre que estén autorizados para ello por el Letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial, constituyendo así una herramienta útil y versátil, de utilización generalizada, y ello a pesar de que no se menciona en la LEC, que en su artículo 590, al referirse a la averiguación patrimonial, sigue haciendo referencia a un sistema de averiguación que en la práctica ha quedado obsoleto: el de dirigirse mediante oficios a distintas entidades financieras, organismos y registros públicos, así como a personas físicas y jurídicas que puedan disponer de la información necesaria a tal fin.

La principal fuente de información patrimonial de la que se viene nutriendo el Punto Neutro Judicial está constituida por la base de datos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), debiendo destacar también por su relevancia las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), de la Dirección General de Tráfico (DGT) y del Catastro, así como las del Registro de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles y del Fichero de Titularidades Financieras (FTF), aplicación esta última que mostrará las cuentas y depósitos del penado.

(64) Font de Mora Rullán, J., «¿Qué dice el punto neutro judicial? Averiguación domiciliaria y patrimonial (1)». *Actualidad Civil*, núm. 6, junio 2023, p. 2.

Pero este sistema, con ser bastante exhaustivo, denota una serie de carencias que se pueden concretar en las siguientes:

– Ese patrimonio oficial que se desprende de la averiguación patrimonial en el Punto Neutro Judicial no siempre se corresponde con la capacidad económica real del penado (65);
– El sistema impide la búsqueda patrimonial si el penado carece de NIF o NIE, ya que como requisito previo para efectuar la consulta se exigen esos concretos documentos de identificación, sin que sea posible efectuar la consulta utilizando el pasaporte o un documento de identificación no español (66);
– Además, la información que ofrecen algunas de esas bases de datos no se encuentra actualizada al momento preciso de la consulta. Sería el caso de Hacienda, que refleja la situación que se corresponde con el momento en que esos datos se han declarado a la AEAT, pero que puede haber cambiado con posterioridad.

Se podría argumentar que tal averiguación de bienes resulta innecesaria en el momento de la concesión de la suspensión con el actual sistema, ya que se parte de una concesión condicionada a un compromiso del reo de resarcir a la víctima con arreglo a sus posibilidades económicas, y que en caso de impago se valorará por el juez o tribunal si ello obedece a un incumplimiento deliberado (en cuyo caso procedería la revocación de la suspensión conforme al art. 86.1.d) del C. P.) o si responde a una verdadera situación de insolvencia (67). Pero el problema es que las dificultades que concurren en un momento inicial para conocer la verdadera situación económica del reo, conforme a los argumentos antes expuestos, se producirían también en el momento de decidir sobre la posible revocación de la suspensión, problemas

(65) Y ello por distintas razones, según indica Roig Torres, M., «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J. L. (director), Górriz Royo, E y Matallín Evangelio, Á. (coordinadoras), 2.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 330, entre las que cita las siguientes: el trabajo irregular, la no declaración de sus ingresos o beneficios efectivos, tener la fortuna en el extranjero o los bienes inscritos a nombre de otras personas.

(66) La consecuencia, como advierte Font de Mora Rullán, J., «¿Qué nos dice el punto neutro judicial…», *op. cit.*, p. 5, es que no resultará posible la consulta en una serie de procedimientos nada infrecuentes que se dirigen frente a personas extranjeras que no disponen de NIF o NIE, lo que constituye una seria limitación.

(67) Siguiendo en este punto a Fernández Pantoja, P., «Régimen general en materia de suspensión de la ejecución de la pena: presupuestos y requisitos», en *La pena de prisión, entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Morillas Cueva, L. (director), Dykinson, Madrid, 2016, p. 205, «sobre el papel quedan los "buenos intentos", pero en la práctica judicial esto genera y generará muchos problemas».

que en realidad se pueden agudizar porque durante el período de suspensión el penado ha podido proceder a una despatrimonialización consciente con la finalidad última de mostrar en ese momento posterior una situación precaria que evitaría la revocación de la suspensión.

Podríamos entender que una forma de evitar esa posible insolvencia sobrevenida y ficticia del penado se desprende del propio inciso segundo del artículo 80.2. 3.º párrafo segundo del C. P., que especifica de forma expresa cómo el juez o tribunal «en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para su cumplimiento», de manera que para solicitar dichas garantías se han de dar cumulativamente los dos criterios.

A nuestro juicio tal postulado legal admite un flanco a la crítica en un doble sentido:

1.º Se asimila a una medida cautelar real propia de la fase de instrucción, una medida que en dicha fase del proceso se fundamenta en dos parámetros: el *periculum in mora* o riesgo de insolvencia del sujeto, que resultaría también predicable en fase de ejecución, y el *fumus boni iuris*, que implica la concurrencia de indicios racionales de criminalidad contra persona determinada, que en modo alguno es susceptible de aplicarse en un momento procesal en que ya hay sentencia firme contra el penado. En definitiva, se retuercen las bases teóricas que ofrecen fundamento a lo que en realidad constituye una medida cautelar;

2.º La referencia al «impacto social del delito» ofrece una serie de connotaciones propias de un populismo punitivo que resulta deleznable en un Estado de Derecho y que puede convertir a los medios de comunicación y a las redes sociales en los verdaderos responsables últimos de la decisión del órgano judicial en este ámbito (68).

En definitiva, el legislador eleva a condición necesaria para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena el pago de res-

(68) Especialmente críticos se muestran en esta cuestión Gil Gil, A.; Lacruz López, J. M.; Melendo Pardos, M., y Nuñez Fernández, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, 2.ª edición, Madrid, 2015, p. 892, ya que estiman que el impacto social del delito es objeto de una continua manipulación por parte de los medios de comunicación y de algunos sectores sociales, entre los que dichos autores destacan los partidos políticos, añadiendo que el impacto social del delito puede «no guardar relación alguna con su gravedad y no ser más que un espejismo creado para satisfacer intereses completamente ajenos a los que debe servir el orden punitivo»; y Barquín Sanz, J., «De las formas sustitutivas de la pena de prisión…», *op. cit.*, p. 232, para quien la mención específica del impacto social del delito «evidencia hasta qué punto la legislación penal ha interiorizado ya sin rubor la tiranía del populismo punitivo».

ponsabilidad civil, pero como acabamos de exponer se enreda para ello en unos preceptos que de cualquier forma no posibilitan un conocimiento cierto por parte del órgano judicial de cuál sea la verdadera situación económica del penado en caso de impago de dicha responsabilidad civil.

3.1.4 *Consecuencias del impago de la responsabilidad civil*

Se puede empezar haciendo referencia a la STC 14/1988, de 4 de febrero, que, si bien se dictó en una fecha en la que no había entrado en vigor el Código Penal de 1995 y por tanto el pago de la responsabilidad civil no constituía un requisito ineludible para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, contiene un pronunciamiento que también hoy sigue resultando oportuno: la concesión de la suspensión «no puede estar subordinada al pago de costas y de la indemnización por responsabilidad civil».

Tras la entrada en vigor del C. P. de 1995, el pago de la responsabilidad civil sí pasa a ser condición de la suspensión, pero bajo ese nuevo articulado se podían llegar a producir situaciones de «insolvencia formal» que implicaban la concesión del beneficio, incluso para el caso de impago de la responsabilidad civil, si el juez o tribunal entendía que el penado no tenía capacidad económica para el pago tras la indagación patrimonial a la que hemos hecho referencia con anterioridad, un sistema de averiguación de bienes que adolece de graves defectos (69).

Tras la reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2015, se exige en el momento de la suspensión el cumplimiento de la responsabilidad civil, si bien se asimila al mismo el compromiso de pago, un compromiso que, para el caso de una persona solvente o de una persona con una capacidad económica «media» o solvencia parcial, será aquel que el juez o tribunal considere que será razonablemente cumplido en el plazo que determine.

(69) Como expone Alonso Buzo, R., «La incapacidad de pago de la responsabilidad civil en los supuestos de suspensión de la condena», *La Ley Penal*, núm. 156, mayo-junio 2022, p. 4, a partir de esa declaración de insolvencia, y de acuerdo con una praxis basada en el automatismo, se concedía la suspensión de la pena; Mateos-Rodríguez Arias, A., «El impago de la responsabilidad civil ex delicto, ¿una nueva forma de prisión por deudas?», *La Ley Penal*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018, p. 5, apostilla a lo ya indicado que con la nueva normativa «se trata de superar lo que por la doctrina se vino en llamar la insolvencia formal, esto es, una práctica judicial de conceder la suspensión de la condena en base al Auto de insolvencia del condenado, siempre que reuniera el requisito de ser delincuente primario, lo que normalmente conllevaba al impago de la responsabilidad civil aun tratándose de penados con capacidad económica que escapaba a la indagación patrimonial llevada a cabo por el Juzgado».

Pero ¿y para el caso de un penado que manifieste abiertamente que no puede hacer frente al pago por encontrarse en una situación muy precaria, incluso de indigencia? En este supuesto, también bastaría que el mismo asumiera el compromiso de realizar cualquier tipo de esfuerzo, por mínimo que sea, para resarcir dicha responsabilidad civil (70).

Dicha doctrina es acogida en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 3/2018, de 23 de enero, que con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Penal en relación con la condición tercera del apartado segundo del artículo 80 del Código Penal, llega en su fundamento jurídico séptimo a la siguiente conclusión:

> «En definitiva, lo único que se exige en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución es un compromiso mínimo por parte del penado de satisfacer la responsabilidad civil impuesta, de acuerdo con su capacidad económica. Esto es, se condiciona el otorgamiento de beneficio de suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria, nada se opone, por ejemplo, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido, jugando aquí la necesaria discrecionalidad judicial en la evaluación de cada caso concreto».

La pregunta que cabe hacerse a continuación resulta inevitable: ¿qué ocurre si el penado que ha asumido el compromiso de pago a pesar de su situación económica precaria no puede hacer frente finalmente al pago de la responsabilidad civil? La respuesta se nos ofrece en la STC 32/2022, de 7 de marzo. Se señala en dicha Sentencia cómo el compromiso de pago se trata de un indicio no concluyente de la real capacidad económica del sujeto incumplidor, y añade:

> «Ciertamente, el artículo 80.2.3 CP exige al penado "asumir el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica", pero el plan de pago pudo asumirse, por ejemplo, en una confianza razonable de venir a mejor fortuna o de recibir ayuda externa –de la familia o de los amigos– para hacer frente a la deuda, confianza que luego se ha visto defraudada».

(70) Alonso Buzo, R., «La incapacidad de pago de la responsabilidad civil…», *op. cit.*, p. 6.

En definitiva, lo verdaderamente relevante va a ser el esfuerzo, la voluntad por parte del penado de intentar satisfacer la responsabilidad civil, y será en el momento de resolver sobre su revocación en caso de impago cuando el juez, conforme al artículo 86.1.d) del Código Penal, deberá valorar si el incumplimiento del penado responde a una voluntad renuente al cumplimiento o si es fruto de una situación no buscada de insuficiencia de medios económicos, procediendo la revocación de la suspensión cuando el penado:

– Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes;
– No dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles;
– Facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 589 de la LEC.

3.1.5 *Su supresión como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena*

El C. P. de 1995, como se indicó anteriormente, introdujo el pago de la responsabilidad civil como *conditio sine qua non* de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, y ello ha sido criticado por un importante sector doctrinal (71), junto al cual nos vamos a posicionar.

(71) Se han mostrado críticos Trapero Barreales, M. A., *El nuevo modelo de suspensión…*, *op. cit.*, p. 543, al entender que «la suspensión no se puede condicionar de manera absoluta al pago de la responsabilidad civil, pues si así fuera el cumplimiento de la pena no dependería de si es o no necesaria para evitar la reiteración delictiva, sino de si el sujeto tiene o no medios económicos para evitar dicho cumplimiento»; Serrano Pascual, M., *Las formas sustitutivas de la prisión…*, *op. cit.*, p. 318, para quien «sigue siendo inadmisible utilizar la amenaza de la privación de libertad como forma de obligar al pago de las responsabilidades civiles; Sanz Mulas, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad…*, *op. cit.*, p. 298, quien argumenta que se trata de un requisito que sobra porque el delito constituye (frente al pago de la responsabilidad civil) «un acto que ante todo y sobre todo afecta al orden social»; Llorca Ortega, J., «Suspensión de la ejecución de la pena…», *op. cit.*, p. 237, especificando que es un asunto independiente de la mayor o menor peligrosidad criminal del sujeto; Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución…*, *op. cit.*, p. 90, quien a nuestro juicio acierta plenamente argumentando que, si ya consta en el párrafo segundo del artículo 80.1 que para conceder la suspensión al penado se valorará en particular su esfuerzo para reparar el daño, el requisito del pago de la responsabilidad civil resulta redundante, de manera que «lo más oportuno habría sido suprimir esta condición»; y sintetizando todas las anteriores críticas podemos citar a Terradillos Basoco, J. M., «Malos tiempos para las alternativas a la cárcel (a propósito de las últimas reformas penales en España), *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 2012, p. 226, quien entiende con razón que el pago de la responsabilidad civil poco tiene que ver

En efecto, se trata de una condición que, como ya se apuntó con anterioridad, cumple una función primordial, como es satisfacer los intereses de la víctima, y difícilmente cabe entender que el cumplimiento de la responsabilidad civil pueda tener algún tipo de efecto preventivo especial. Se trata de una prestación de obligado cumplimiento, que puede ser satisfecha por terceras personas, y además el penado es sabedor de que si paga obtendrá el beneficio de la suspensión (72).

Pero, además, y seguimos en este punto a Alastuey Dobón (73), el comportamiento postdelictivo del penado tendente a disminuir las consecuencias patrimoniales del delito puede ser tenido en cuenta a la hora de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena conforme a dos modelos fundamentales:

– Un primer modelo en el que se trata de valorar de forma positiva el esfuerzo que el penado lleve a cabo para reparar el daño causado. A estos efectos se daría por válida cualquier conducta, cualquier modalidad de reparación, incluso de carácter simbólico;

– Un segundo modelo, donde se requiere al penado para la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como condición ineludible para la concesión de la suspensión, lo que supone forzar el cumplimiento de la obligación de naturaleza civil derivada del delito mediante la amenaza de que, en caso contrario, se podría ejecutar la pena.

Cabe apreciar como más adecuado el primero de los modelos, ya que viene a aunar la satisfacción de la víctima con la atención a consideraciones de prevención especial (74).

Tras la reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2015, nuestro C. P. parece acoger ambos modelos, ya que por un lado valora tanto en el artículo 80.1 párrafo segundo, como en el artículo 80.3 del C. P., el

---

con los fines de la pena, optando por la propuesta consistente en su supresión como requisito de la suspensión, o bien que se convierta en un elemento más a valorar cuando haya que tomar la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

(72) Resulta acertada la reflexión que realiza Trapero Barreales, M. A., *El nuevo modelo de suspensión…*, *op. cit.*, p. 544: «si el sujeto es conocedor de que cumpliendo la responsabilidad civil logra lo que legalmente se califica como "el beneficio de la suspensión", ¿realmente del cumplimiento de esta responsabilidad puede deducirse aquel efecto preventivo-especial?».

(73) Alastuey Dobón, C., «La suspensión de la ejecución de la pena de prisión…», *op. cit.*, pp 1281 y ss.

(74) Así lo entiende Tamarit Sumalla, J. M., «Artículos 80-87», en *Comentarios al Código Penal…*, *op. cit.*, p. 637, dado que a su juicio la reparación puede actuar como subrogado parcial de la pena, ya que permite satisfacer parcialmente sus fines.

esfuerzo del penado para reparar el daño causado, y además otorga relevancia al acuerdo que, en su caso, hayan podido alcanzar las partes en mediación (art. 84.1.1.ª), pero al mismo tiempo eleva a requisito condicionante de la suspensión de la ejecución de la pena el pago de la responsabilidad civil derivada del delito, según determina el artículo 80.3.3.ª del mismo Texto punitivo.

Entendemos que ambos modelos son incompatibles, y por ello el legislador debe optar por uno de los dos: a nuestro juicio, como hemos indicado anteriormente, debería ser por el primero, que es el que pone el acento en el esfuerzo por reparar el daño, y que ya regía en el derogado artículo 88 del C. P., precepto que regulaba la sustitución de las penas privativas de libertad.

Hemos de tender a un cambio de paradigma en fase de ejecución de sentencia con la introducción de la justicia restaurativa, y en concreto de la mediación penal, como forma de solución de conflictos. Como más adelante se expondrá, víctima y victimario deben tener la oportunidad de afrontar de forma dialogada la manera de reparar las consecuencias de la infracción penal, y entre ellas la satisfacción de los perjuicios materiales sufridos, y para ello se debe exigir al penado únicamente un sincero «esfuerzo para reparar el daño causado», prescindiendo de cualquier referencia al pago de la responsabilidad como condición determinante para la concesión de la suspensión (75). La reparación moral, simbólica, el reconocimiento de la propia culpabilidad, el gesto de cercanía, la palabra de aliento, resultan reveladores de la actividad reparadora desplegada por el sujeto (76), teniendo así un valor susceptible de compensar el desvalor del hecho injusto cometido (77).

---

(75) Según Trapero Barreales, M. A., *El nuevo modelo de suspensión…*, *op. cit.*, p. 545, si lo que se pretende es dar satisfacción a la víctima, con el añadido de poder producir una serie de efectos preventivo-especiales derivados de la concienciación del daño, el pago de la responsabilidad civil no sería el cauce más adecuado para ello.

(76) En esa línea se manifiesta Prat Westerlindh, C., *Alternativas a la prisión…*, *op. cit.*, pp. 49-50, para quien la satisfacción moral del perjudicado puede ser más importante que el pago de la responsabilidad civil, añadiendo que «el reconocimiento público del hecho y de la culpabilidad, el ofrecimiento de ayuda a la víctima, la solicitud de perdón, pueden ser elementos determinantes para la concesión del beneficio de la suspensión de forma independiente al pago de una cantidad de dinero en concepto de indemnización».

(77) Tamarit Sumalla, J. M., «Arts. 80-87», en *Comentarios al Código Penal…*, *op. cit.*, pp. 637-638, considera acertada la alusión efectuada por el C. P. al esfuerzo por reparar el daño, especificando que lo que se pide al juez no es que valore el simple dato objetivo de la actividad reparadora desplegada por el sujeto, sino que la misma implique una compensación del desvalor de la infracción cometida, y también aboga por una reparación integral en la que la responsabilidad civil sería sólo uno de sus componentes, destacando la importancia de la reparación moral y la reparación social o simbólica.

Por tanto, una vez que la sentencia condenatoria ya es firme sólo se debe valorar la conducta del penado, su actitud decidida para reparar el daño, ya que condicionar la suspensión al pago de la responsabilidad civil implicaría que «el cumplimiento de la pena no dependería de si es o no necesaria para evitar la reiteración delictiva, sino de si el sujeto tiene o no medios económicos para evitar dicho cumplimiento» (78).

Debemos cambiar, en definitiva, nuestra tradicional concepción de la función del proceso penal para ver así en el mismo el marco adecuado para una serie de soluciones que no se circunscriban a una mera sentencia condenatoria o absolutoria. La solución del conflicto ha de ser satisfactoria para todos, tanto para la víctima como para el penado, y en el caso de la responsabilidad civil se debe pasar de la reparación del daño como consecuencia a la reparación del daño como objetivo prioritario.

En esa búsqueda de nuevas orientaciones se encuentra la figura de la mediación, que será objeto de estudio más adelante, pero cuya funcionalidad se sintetiza muy bien en la siguiente definición: «potencial aportación a la razonable meta de evitar en lo posible la represión a la vez que se prioriza la satisfacción del ofendido» (79).

3.2 La supresión de haber hecho efectivo el decomiso

Se trata de una novedad introducida por la L. O. 1/2015, que va a incluir en la redacción del actual artículo 80.2.3.ª, junto al pago de la responsabilidad civil, que «se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127». Esa referencia concreta al artículo 127 parece indicar que se refiere de forma exclusiva al decomiso acordado judicialmente en virtud del mencionado precepto, con exclusión de los otros tipos de decomiso introducidos en el C. P. como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la mencionada L. O. 1/2015. Por otro lado, y al igual que sucede con la responsabilidad civil, este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de facilitar el decomiso acordado y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine, y cabría la revocación de la suspensión conforme al artículo 86.1.d) del C. P. para el caso de que el penado hubiera facili-

(78) Trapero Barreales, M. A., *El nuevo modelo de suspensión...*, *op. cit.*, p. 543.

(79) Quintero Olivares, G., «La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea», en Márquez De Prado Pérez, J. (director), *Responsabilidad civil «ex delicto»,* Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 16, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 10.

tado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado.

Una primera cuestión relevante sería la de concretar la naturaleza del decomiso tras la indicada reforma. Tal cuestión no resulta baladí, ya que dependiendo de cuál sea su naturaleza dependerá el tratamiento que deba darse al mismo como presupuesto de la suspensión de la ejecución de la pena. En modo alguno se trataría de una pena accesoria, y si bien en algún caso se ha destacado su carácter real y no obligacional como la multa o las responsabilidades civiles (80), la mayoría de la doctrina confiere al decomiso una configuración que lo asimila a la restitución del enriquecimiento injusto, y por tanto próximo a la responsabilidad civil derivada del delito (81), caracterización que consideramos como la más ajustada a la realidad en relación con la institución objeto de nuestro estudio, desde el momento en que el legislador lo sitúa a la misma altura del pago de dicha responsabilidad civil como presupuesto del otorgamiento de la suspensión. Además, hay que partir de la base que justifica la reforma en este punto, como es la adaptación a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, siendo uno de los objetivos de dicha Directiva ampliar el concepto de «producto del delito», que ahora comprenderá también «todas las ventajas económicas indirectas», finalidad que sirve para corroborar la naturaleza patrimonial del mismo.

---

(80) Manzanares Samaniego, J. L., *Comentarios al Código Penal…*, *op. cit.*, p. 360.

(81) Para García Albero, R., «La suspensión de la ejecución…», *op. cit.*, 152, el compromiso de facilitar el decomiso constituye también una novedad destacada que sintonizaría «con la apuesta del legislador (a impulsos de la UE) de configurar el comiso como medida de naturaleza propiamente no penal, sino análoga a la restitución del enriquecimiento injusto del beneficiado por la comisión de un delito», añadiendo que la naturaleza patrimonial y no penal de la medida queda de manifiesto por un simple razonamiento lógico: no tendría sentido alguno condicionar la suspensión al cumplimiento de una pena cuando las penas han de ejecutarse forzosamente a costa del infractor; según Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal…*, *op. cit.*, p 603, el decomiso se inscribe así en una política criminal orientada a impedir el enriquecimiento procedente del delito, debiendo destacar como nota relevante del mismo «la contribución expresa del reo a prescindir de bienes que posee»; también Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución…*, *op. cit.*, p 95, insiste en la naturaleza patrimonial y no penal de dicha consecuencia accesoria; e igualmente De Paúl Velasco, J. M., «Comentario de urgencia sobre las modificaciones…», *op. cit.*, p. 13, para quien el decomiso se configura como una especie de «restitución del enriquecimiento injusto, que lo aproxima a las responsabilidades civiles». Y no le falta razón a este último autor cuando pronostica que la importancia práctica de este nuevo requisito quedará limitada a un número muy reducido de casos.

De lo expuesto se llega a la conclusión que el decomiso se caracteriza en la actualidad por tener naturaleza patrimonial, y por ello se debe sostener con respecto al mismo la propuesta ya indicada con anterioridad con respecto a las responsabilidades civiles derivadas del delito: su cumplimiento no debe constituir un presupuesto de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, y más teniendo en cuenta las dudas que provoca el legislador español con respecto a tal institución como consecuencia de un «exceso de celo» a la hora de abordar la transposición de la indicada Directiva (82).

Se debe concluir indicando que debe valorarse el esfuerzo del penado por satisfacer el decomiso acordado judicialmente como indicativo de su voluntad de colaboración, actitud que sería incardinable en los presupuestos de concesión de la suspensión relativos a «su conducta posterior al hecho» o «su esfuerzo para reparar el daño causado», pero que resulta excesivo e inadecuado elevar el cumplimiento del decomiso a condición determinante de la concesión o la denegación de dicha suspensión (83).

---

(82) Coadyuva a tal aseveración las cautelas que un sector de la doctrina ha puesto de manifiesto con respecto a la nueva regulación del decomiso. Así, VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J. L. (director), Górriz Royo, E., y Matallín Evangelio, A. (coordinadoras), 2.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 393, para quien la legislación española se ha excedido de las previsiones contenidas en la indicada Directiva, lo que obliga a extremar el riesgo de una aplicación desmedida del mismo; y en la misma línea AGUADO CORREA, T., «Comiso: crónica de una reforma anunciada», *InDret*, núm. 1, 2014, p. 1, quien de forma expresiva advierte que «el Gobierno Español, bajo el lema "más vale que sobre que falte", aborda la reforma de esta sanción elevando a régimen general lo que se prevé a nivel europeo como régimen especial para delitos de cierta gravedad, los conocidos como eurodelitos». Si ya de por sí el decomiso genera ciertos recelos en cuanto a su regulación, con mayor motivo cabe entender que resulta desproporcionado elevarlo a *conditio sine qua non* de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena.

(83) Critican la previsión de que se haya establecido el decomiso como presupuesto determinante de la suspensión TRAPERO BARREALES, M. A., *El nuevo modelo de suspensión…*, *op. cit.*, p. 534, quien argumenta que el auténtico presupuesto de la suspensión se refiere a si es o no necesaria la ejecución de la pena privativa de libertad para evitar el riesgo de la comisión de delitos en el futuro, y concluyendo en el sentido de que si el sujeto no cumple con la obligación de satisfacer el decomiso acordado judicialmente no por ello se ha de denegar la suspensión; ABEL SOUTO, M., *La suspensión de la ejecución…*, p. 96, quien considera que el legislador ha ido «demasiado lejos» al convertir al decomiso en presupuesto de la suspensión; GARCÍA ALBERO, R., «La suspensión de la ejecución…», *op. cit.*, pp. 152-153, se adhiere a tal postura argumentando que la renuncia del infractor a seguir contando en su patrimonio con las ganancias procedentes de su actividad delictiva debe valorarse como «indicador cualificado de falta de necesidad preventivo-especial de ejecución de pena», pero que es excesivo elevar dicho indicador a criterio *sine qua non* condicionante de la suspensión.

4. **La Justicia restaurativa como presupuesto de la suspensión de la ejecución de la pena**

4.1 La reparación de la víctima en ejecución de sentencia

Como se indicó con anterioridad, uno de los parámetros básicos que ha de servir de base para una nueva configuración de la institución objeto de nuestro estudio sería una revisión del papel de la víctima en el momento de la ejecución de las penas, y por ende, en la suspensión de la ejecución de dichas penas. Tal postura nos ha de llevar a una posición revisionista en el sentido de otorgar una mayor participación de las víctimas en ese momento del proceso, superando así el carácter residual de su intervención en la actualidad. No se trata tanto de que la víctima sea indemnizada, como de que se asegure la participación de la misma en la solución del conflicto.

Como hito fundamental en este ámbito debemos señalar la aprobación de 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. Dicha Directiva viene a a sustituir a la anterior Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y tiene por finalidad configurar con respecto a las víctimas un nuevo estatuto jurídico para garantizar de forma más efectiva sus derechos a la información, participación, protección, asistencia y reparación en el ámbito del proceso penal, dentro de la Unión Europea.

La incorporación de dicha Directiva comunitaria a nuestro Derecho se materializó en la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD), que a su vez fue desarrollada por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre. La citada Ley va a modificar también una serie de artículos de la LECrim.

Destaca también la reforma de la LEVD llevada a cabo por la Disposición final duodécima de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Dicha reforma tiene una especial relevancia en la nueva redacción del artículo 3.1, en el que junto a otros derechos de las víctimas se añade de forma expresa el derecho a la «reparación».

El derecho de participación de la víctima en fase de ejecución aparece regulado con cierto detalle en la LEVD, pero no cabe decir lo mismo del derecho a la reparación. Lo establece en su artículo 3 como uno de los derechos básicos de la víctima, pero luego el artículo 13.2.b) de la LEVD se limita a indicar que las víctimas están también legitimadas para facilitar al Juez o Tribunal cualquier información sobre «las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que

hubiera sido acordado». Esa sucinta regulación contrasta con la importante aportación relativa a la reparación de las víctimas de violencias sexuales y de violencia de género llevada a cabo por la L. O. 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (84).

El Código Penal establece una regulación más concreta de las relaciones entre reparación y suspensión de la ejecución de la pena, a través de los siguientes preceptos:

1.º Artículo 80.1 párrafo 2.º, al considerar que uno de los presupuestos básicos que ha de valorar el Juez o Tribunal al resolver sobre la suspensión debe ser el esfuerzo del penado «para reparar el daño causado»;

2.º Artículo 80.2. 3.ª, que establece como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127»;

3.º artículo 86.1.d), que determina la revocación de la suspensión cuando el penado «facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes…», «no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado…», o «facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio…».

Vemos cómo la reparación de la víctima se sigue identificando con la reparación del daño causado, y en efecto resulta de especial la importancia que la víctima sea satisfecha económicamente si ha sufrido daños y perjuicios como consecuencia del delito, y así se prevé en los artículos 109 y ss. del C. P., pero en la actualidad se trataría de un modelo ya superado.

Se ha de apostar por un nuevo sistema en el que la víctima pueda participar de forma activa y voluntaria en la resolución del conflicto, ofreciendo también al penado un nuevo rol que le lleve a tomar conciencia de sus actos. En el Preámbulo de la LEVD ya se habla de que

(84) Así lo constata Aguado Correa, T., «El derecho a la reparación de las víctimas de violencias sexuales y violencia de género tras la Ley Orgánica de Garantía integral de la Libertad Sexual: un punto de inflexión», *Revista Penal*, núm. 52, julio 2023, pp. 4 y ss. La citada autora pone de relieve que la Disposición final duodécima de dicha L. O. modifica la LEVD en el sentido de incorporar el derecho a la reparación en el catálogo de derechos del artículo 3 de esta última norma, pero que paradójicamente se limita a una mera inclusión que no va acompañada de un desarrollo de tal derecho. El legislador optó por hacer una regulación sectorial del mismo según las víctimas de que se trate, y a través de la LOGILS tan solo ha desarrollado dicho derecho en relación con las víctimas de violencias sexuales y de violencia de género.

los poderes públicos deben dar una respuesta lo más amplia posible, «no sólo jurídica 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…».

Destaquemos en este punto la STS núm. 249/2014, de 14 de marzo, la cual establece que

> «la reparación… engloba no solo indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil. Los parámetros exclusivamente pecuniarios no agotan todas las vertientes de la reparación. Puede tener otros componentes que la justicia restaurativa invita a redescubrir. En ocasiones la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal infligido».

4.2 Justicia restaurativa y mediación penal

El modelo de Justicia retributiva tiene que ser un modelo ya superado. La respuesta tradicional a un conflicto planteado en sede judicial no puede girar en torno a la respuesta represiva (85), por lo que hay que poner a la víctima en un primer plano para que participe en la resolución del conflicto.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, que en su artículo 2.1.d) nos da una definición auténtica de la que denomina «justicia reparadora», entendida como «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la

(85) Roselló Monserrat, J. T., «Mediación penal en España», *La Ley mediación y arbitraje*, núm. 11, 6123/2022, p. 3, nos transmite la idea de que debemos ser conscientes de que en determinados casos «la respuesta tradicional a ciertos conflictos, no va a suponer una reparación óptima para la víctima, ni va a restañar las heridas provocadas por la comisión del delito…»; por ello, Manzanares Samaniego, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, p. 24, sienta el argumento de que la justicia restaurativa supone un nuevo paradigma de justicia que supera la concepción retributiva, «el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva».

ayuda de un tercero imparcial». La mediación penal sería una de las manifestaciones de la justicia restaurativa, aunque en ocasiones se tienda a identificar con ella.

No se debe contraponer justicia retributiva y justicia restaurativa como dos modelos antitéticos e irreconciliables. La justicia restaurativa ha de suponer una mayor intervención de las partes en la resolución del conflicto, ofreciendo mecanismos que resulten más satisfactorios para los implicados, pero sin llegar a la entelequia de pensar que se puede prescindir del actual modelo de justicia penal, entre otras cosas porque difícilmente se puede pretender que todos los conflictos se puedan resolver por medio de la justicia restaurativa. Son dos sistemas que deben coexistir de manera complementaria sin que en ningún caso se pueda hablar de una privatización del sistema de justicia penal, entre otras cosas porque estamos hablando de una mediación intrajudicial, que es aquélla que se lleva a cabo con ocasión de un proceso penal, y en cualquier fase de su devenir (86). Un verdadero hito en esta materia lo constituye la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (87). En su artículo 3, referido a los derechos de las víctimas, menciona la «justicia restaurativa».

---

(86) Así lo entiende Barona Vilar, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2011, p. 269, quien parte de la base de la complementariedad de la mediación; en el mismo sentido Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *La mediación-reparación en el Derecho penal de adultos*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 17., quien especifica que los programas españoles de mediación intrajudicial «no representan un sistema alternativo al proceso penal formal, sino un instrumento del que se sirve la justicia penal convencional, integrado en ella e incorporado a las distintas fases del procedimiento», al tiempo que se alejan de esa supuesta privatización al no poder decir que se le atribuya a la víctima la disponibilidad sobre la imposición o no de la sanción penal; igualmente Ríos Martín, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal», *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, mayo-agosto 2016, p. 110, al reafirmar que la mediación no supone la privatización del proceso porque no concibe el conflicto como un asunto privado, sino como «una herramienta de que se vale la justicia penal para una más adecuada respuesta al delito, integrada en el sistema penal e incorporada a las diferentes fases del procedimiento»; y González Cano, M. I., *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 49, para quien la incorporación de los sistemas restaurativos y por ende de la mediación penal «no puede realizarse de forma encapsulada y descoordinada del sistema de justicia criminal. No estamos ante la alternativa sanadora de la justicia penal, sino ante un nuevo elemento de la misma, que debe integrarse en el proceso penal de forma armónica, y de acuerdo a los principios, derechos y garantías del proceso debido».

(87) Especialmente crítica con la caracterización de la justicia restaurativa en dicha Ley se muestra Francés Lecumberri, P., «La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?», *e-Eguzkilore*, núm. 3, 2018, p. 30, porque a su juicio en dicho Estatuto de la

Se trata de habilitar un espacio de comunicación dentro del proceso para atender, entender, comprender y solucionar» (88), de manera que el resultado final de esa mediación podrán ser acuerdos que determinen una actuación reparadora del infractor en sentido amplio, plasmada en prestaciones materiales o inmateriales, concretas o simbólicas, pero que en todo caso va más allá de la simple identificación con el pago de la responsabilidad civil (89).

4.3 Normativa en este ámbito

La pretensión de impulsar la Justicia restaurativa en el ámbito penal choca con la realidad de una regulación muy limitada, pero la normativa actual, aunque de forma tímida, viene a corroborar nuestra propuesta. Por un lado, resaltar que un único artículo en el Código Penal se refiere de forma concreta a la mediación, pero precisamente se sitúa en el ámbito que constituye el objeto del presente estudio: el artículo 84.1.1.ª, cuando especifica que el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al «cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación», acuerdo que también aparece mencionado como una posible condición de la suspensión de la ejecución de la pena en el supuesto de suspensión excepcional previsto en el artículo 80.3 del C. P.

Y un importante avance en el ámbito del proceso, en lo que a justicia restaurativa se refiere, viene determinado por la L. O. 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, llamada «de eficiencia procesal» (90) Dicha norma va a promover la necesidad de utilizar medios alternativos de solución de

---

Víctima se concibe a la justicia restaurativa «como un servicio para la víctima y no como un modelo de justicia».

(88) *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ*, p. 95.

(89) La delimitación entre responsabilidad civil y acuerdo de mediación se expone de forma certera por Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *La mediación-reparación en el Derecho penal…*, *op. cit.*, p 111, quien hace hincapié en los elementos que caracterizan a la mediación: «a) la participación activa y voluntaria de dos partes –el autor y la víctima, como personas directamente implicadas en el hecho–; b) la intervención de una instancia de mediación, distinta de un juez profesional, encargada de facilitar la comunicación entre los intervinientes para alcanzar una solución reconciliatoria, a cuyo efecto protagoniza encuentros y conversaciones con aquéllos y modera el diálogo; y c) el desarrollo de un procedimiento que pone el acento sobre los elementos personales en conflicto, definido por su naturaleza no contenciosa, su relativa informalidad y su voluntariedad, así como por el dato de fundamentarse en la confianza existente entre las partes».

(90) La reforma afecta a un total de 36 leyes, entre ellas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ve afectados dieciséis de sus artículos, dos de los cuales se introducen como novedosos, según indica Nistal Burón, J., «La Ley Orgá-

conflictos (los llamados MASC) como requisito previo de acceso a la jurisdicción civil.

El Título II de dicho Proyecto de Ley se dedica a la regulación de una serie de medidas en materia de eficiencia procesal, y una de las novedades «estrella» es el llamado «medio adecuado de solución de controversias», entendiendo por tal cualquier tipo de actividad negociada a la que las partes de un conflicto pueden acudir para encontrar una solución extrajudicial a dicho conflicto. Es tal el impulso que se le quiere dar al mismo, que en el ámbito de la jurisdicción civil se exige como requisito de procedibilidad haber acudido previamente a algún medio adecuado de solución de controversias.

Tal previsión no se contiene con respecto a la jurisdicción penal, pero dicha L. O. sí que añade una nueva Disposición adicional novena a la LECrim., lo que supone que será la primera vez que queda incorporada a nuestro ordenamiento una regulación de la justicia restaurativa en el ámbito del proceso penal. Las líneas básicas de la nueva regulación se pueden sistematizar de la siguiente manera:

– La justicia restaurativa se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad;

– Las partes podrán someterse a un procedimiento de justicia restaurativa de forma voluntaria, y antes de prestar su consentimiento serán informadas de sus derechos y de las posibles consecuencias de su decisión, garantizando la confidencialidad de la información que se obtenga de dicho procedimiento de justicia restaurativa;

– El Juez o el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá remitir a las partes a un procedimiento restaurativo, una vez valoradas las circunstancias del hecho, de la persona investigada, acusada o condenada y de la víctima, siempre que no se trate de los casos excluidos por ley;

– Concluido el procedimiento restaurativo, que no podrá exceder de tres meses prorrogables por un plazo igual, los servicios restaurativos emitirán un informe negativo o positivo sobre el resultado de la actividad realizada, acompañando, en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que las partes hayan llegado;

– En el caso de acuerdo, el órgano judicial, previa audiencia por término de tres días del Ministerio Fiscal, de las partes personadas y de la víctima, podrá, dependiendo de la fase del proceso, acordar el archivo de la causa o su continuación por los trámites del juicio de conformidad, conteniendo para la fase de ejecución la siguiente previsión: resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad,

---

nica 1/2025, de 2 de enero. Su previsión legal sobre la ejecución de las penas privativas de libertad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2025, p. 2.

valorando el procedimiento restaurativo para el establecimiento de las condiciones, medidas u obligaciones de la suspensión; o, en su caso, sobre el contenido de los trabajos en beneficio de la comunidad.

Desde el punto de vista de la reparación de la víctima en el proceso penal, en concreto en fase de ejecución de sentencia, superando así la tradicional concepción «pasiva» de la misma como persona que aspira sólo a ser indemnizada, en ocasiones sin llegar tan siquiera a ser oída como ocurre en algunas sentencias precedidas de conformidad, la anterior reforma debe ser valorada de forma muy positiva. La víctima tiene así visibilidad y pasa a ser parte directa en la resolución del conflicto, con independencia de que se haya personado o no en el procedimiento. Y entendemos que sería conveniente que dicha tendencia se consolidase en la práctica de nuestros Juzgados y Tribunales.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. En el contexto europeo, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad sigue teniendo plena vigencia. En esa política criminal europea encaminada a que el ingreso en prisión del penado sea la última opción posible, la institución objeto de nuestro estudio se convierte en una de las más cualificadas alternativas para evitarlo.

2. Varios estudios a nivel nacional han tratado de dar respuesta a la cuestión de si en la práctica judicial la suspensión de la pena hoy en día es una institución obsoleta o si por el contrario tiene una presencia de cierta entidad.

Resulta de especial dificultad la realización de un estudio fidedigno sobre la aplicación de la suspensión a nivel nacional a partir de unos datos generales que pueden venir larvados por una serie de inexactitudes que hacen dudar de su veracidad. Por el contrario, los estudios realizados a partir de datos primarios presentan el hándicap de que no son susceptibles de generalización para los demás órganos judiciales, pero al mismo tiempo constituyen una muestra que no resulta desdeñable y que responde a la realidad de un momento y un espacio concretos. Los citados estudios realizados coinciden en el dato de que sigue siendo una institución muy aplicada en la práctica, lo que contribuye a otorgar perspectivas de futuro a la misma, si bien se deben llevar a cabo una serie de «retoques» legales para mejorar su virtualidad. No se trata de aportar matices a la actual regulación, sino de subvertir una serie de defectos estructurales en su configuración para posibilitar que la misma sea más operativa.

3. La primera propuesta de cambio versa sobre la duración y la naturaleza de la pena que ha de ser suspendida: si las alternativas a las penas deben ser la respuesta idónea ante un delito, ha de otorgarse mayor amplitud temporal a las penas susceptibles de suspensión, incluyendo las penas leves, las menos graves, y aquellas otras que, siendo inicialmente graves, pasan a ser por su duración en el caso concreto menos graves y leves por distintos motivos.

En cuanto a la naturaleza, la suspensión ha ido vinculada siempre a penas privativas de libertad, al ser sus finalidades preferentes evitar el contagio del penado con el medio carcelario y su reeducación y reinserción social conforme al artículo 25.2 de la C. E. Pero si la suspensión se concibe como un beneficio que se otorga a la persona porque la pena no resulta adecuada desde un punto de vista de prevención especial, entonces todas las penas podrían ser objeto de suspensión.

4. La suspensión de la ejecución de la pena se explica actualmente en clave de prevención especial negativa. El problema radica, precisamente, en efectuar un pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto en base a los limitados instrumentos que otorga al juzgador la actual legislación. Se debe residenciar en el correspondiente Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas la emisión preceptiva de un informe integral, emitido por la actuación conjunta de una serie de profesionales encuadrados en distintas disciplinas.

5. En cuanto al pago de la responsabilidad civil como presupuesto de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, estimamos que se ha de valorar el esfuerzo del penado por reparar el daño con independencia de la efectiva satisfacción del mismo, propiciando la prevalencia de otra serie de parámetros como la reparación moral, la palabra amable o el gesto de cercanía, que nos introducen directamente en el ámbito de la mediación penal como espacio idóneo para que las partes diriman sus diferencias tras el dictado de la sentencia y con carácter previo a la concesión de la suspensión.

También ha de valorarse el esfuerzo del penado por hacer efectivo el decomiso, pero resulta excesivo elevarlo a requisito condicionante de la concesión de la suspensión.

6. Uno de los parámetros básicos que ha de servir de base para una nueva configuración de la institución objeto de nuestro estudio debe ser una revisión del papel de la víctima en el momento de la ejecución de las penas, y, por ende, en la suspensión de la ejecución de dichas penas. Tal postura nos ha de llevar a una posición revisionista en el sentido de otorgar una mayor participación de las víctimas en ese momento del proceso.

Como instrumento especialmente útil para poder otorgar a la víctima un papel más central a lo largo del proceso penal, y en concreto en fase de ejecución de sentencia, viene cobrando especial importancia la llamada «Justicia restaurativa», que no viene a sustituir pero sí a complementar a la tradicional «Justicia retributiva», y una de cuyas principales manifestaciones es la mediación penal, regulada en el artículo 84.1.1.ª de nuestro Código Penal como consecuencia de la reforma llevada a cabo en el mismo por la L. O. 1/2015, habiendo recibido un nuevo impulso tras la reforma llevada a cabo por la L. O. 1/2025, que introduce en la LECrim. una Disposición adicional novena en la que se regula dicha Justicia restaurativa como presupuesto de la suspensión de la ejecución de la pena.

V. BIBLIOGRAFÍA

Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Aguado Correa, T., «Comiso: crónica de una reforma anunciada», *InDret*, núm.1, 2014, pp. 1-56.

— «El derecho a la reparación a las víctimas de violencias sexuales y violencia de género tras la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: un punto de inflexión», *Revista Penal*, núm. 52, julio 2023, pp. 3-22.

Alastuey Dobón, C., «La suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de "prestaciones o medidas"», *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XLI, 2021, pp. 1125-1309.

Alonso Buzo, R., «La nueva regulación de la suspensión de la pena tras la reforma del Código Penal: necesidad de la creación de la figura del juez de ejecución de penas», *La Ley*, núm. 8654, 26 de noviembre de 2015, pp. 1-6.

— «La incapacidad de pago de la responsabilidad civil en los supuestos de suspensión de la condena», *La Ley Penal*, núm. 156, mayo-junio 2022, pp. 1-14.

Antón García, L. y Larrauri Pijoan, E., «Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, núm. 7, 2009, pp. 1-26.

Ayala García, J. M. y Echano Basaldua, J. I., «La suspensión de la pena tras la L. O. 1/2015», en *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Landa Gorostiza, J. M. (director), Garro Carrera, E. y Ortubay Fuentes, M. (coordinadoras), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 199-224.

Barquín Sanz, J., «El nuevo sistema de alternativas a la ejecución de la prisión en el Derecho Penal español: una cierta unificación», *Cuadernos de Política Criminal*, núm., III, Época II, diciembre 2015, pp. 51-89.

— «De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional», en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, L. (director), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 223-267.
— «Nuevo impulso expansionista de la pena de prisión. Así se distribuyen las penas en el Código Penal español tras las reformas de 2015. Especial atención a la prisión perpetua», en *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Morillas Cueva, L. (director), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 67-100.

Barquín Sanz, J. y Luna del Castillo, J. de D., «Aplicación práctica de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad: una aproximación estadística», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 10, julio de 2013, pp. 415- 470.

Barona Vilar, S., *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

Cardenal Montraveta, S., «Arts. 80 a 89», en *Comentarios al Código Penal, reforma L. O. 1/205 y L. O. 2/2015*, Corcoy Bidasolo, M. -Mir Pig, S. (directores), Vera Sánchez, J. S. (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 310-353.

Ceres Montes, F. J., «Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional», en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial 3-2005 (director: Castellano Rausell, P.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 1-53.

Cervelló Donderis, V., «Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena», *La Ley Penal*, núm. 106, enero-febrero 2014, pp. 1-25.

Choclán Montalvo, J. A. en Calderón Cerezo, A., y Choclán Montalvo, J. A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Deusto Jurídico, Barcelona, 2005.

Cid Moliné, J., «La suspensión de la pena en España: descarcelación y reincidencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2005, pp. 223-239.
— «¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. 19, 2007, pp. 427-456.
— «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, núm. 6, 2008, pp. 1-31.
— *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*, 1.ª edición, Bosch, Barcelona, 2009.
— «La Política Criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse», *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXX, 2010, pp. 55-83.

Cid Moliné, J., y Larrauri Pijoan, E. (coordinadores): *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

CLIMENT DURÁN, C.; GARRIDO GENOVÉS, V., y GUARDIOLA GARCÍA, J., *El informe criminológico forense. Teoría y práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M., «La suspensión de condena. Incidencia práctica de la reforma tras casi un año de vigencia», en «Las penas y las medidas de seguridad tras la reforma del Código Penal», *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, 2016, pp. 1-15.

CUELLO CONTRERAS, J., y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General,* 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 2015.

DE PAÚL VELASCO, J. M., «Comentario de urgencia sobre las modificaciones introducidas por la L. O. 1/2015 en el régimen de la suspensión de condena y de la libertad condicional», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015, pp. 1-32.

DE SOLA DUEÑAS, A., «Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996, pp. 1201-1226.

DE SOLA DUEÑAS, A.; GARCÍA ARÁN, M., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Alternativas a la prisión, penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

DE URBANO CASTRILLO, E., «La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, pp. 1-13.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La evolución del sistema de penas en España:1975-2003», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-07, 2006, pp. 1-25.

FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, J. A., «Peligrosidad criminal y suspensión de las penas privativas de libertad», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, mayo 2020, pp. 1- 35.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Régimen general en materia de suspensión de la ejecución de la pena: presupuestos y requisitos», en *La pena de prisión, entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Morillas Cueva, L. (director), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 193-226.

FONT DE MORA RULLÁN, J., «¿Qué nos dice el punto neutro judicial? Averiguación domiciliaria y patrimonial (1)», *Actualidad Civil*, núm. 6, junio 2023, pp. 1-27.

FRANCÉS LECUMBERRI, P., «La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?», *e- Eguzkilore*, núm. 3, 2018, pp. 1-39.

GARCÍA ALBERO, R., «La suspensión de la ejecución de las penas», en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares, G. (director), 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 143-171.

GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2015.

GIL GIL, A.; LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, 2.ª edición, Madrid, 2015.

— *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España,* Dykinson, Madrid, 2018.
González Cano, M. I., *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
González Casso, J., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», *La Ley*, núm. 6, 1996, pp. 1577-1585.
Goyena Huerta, J., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 38/2015, pp. 1-24. (179-200).
Gracia Martín, L.; Boldova Pasamar, M. A., y Alastuey Dobón, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Gracia Martín, L. (coordinador), 5.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 45-168.
Grupo de Estudios de Política Criminal, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente. 25 años de trabajo del Grupo de Estudios de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
Gutiérrez Castañeda, A., «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias», *La Ley*, núm. 6114, 26 de octubre de 2004, pp. 1- 19.
Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Manzanares Samaniego, J. L., Comares, Granada, 1993.
Larrauri Pijoán, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 19, 1996, pp. 203-218.
Larrauri Pijoán, E./Zorrilla, N., «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional», *InDret*, julio 2014, pp. 1-29.
Llorca Ortega, J., «Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad», en Vives Antón, T. S. y Manzanares Samaniego, J. L. (directores), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 217-278.
Magro Servet, V., y Solaz Solaz, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, 1.ª edición, La Ley, Madrid, 2008.
Manzanares Samaniego, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007.
— *Comentarios al Código Penal (Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Wolters Kluwer, Las Rozas, Madrid, 2016.
Mateos Rodríguez-Arias, A., «El impago de la responsabilidad civil ex delicto, ¿Una nueva forma de prisión por deudas?», *La Ley Penal*, noviembre-diciembre 2018, pp. 1-10.
Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edición, actualizada y revisada, Reppertor, Barcelona, 2016.
Morillas Cueva, L. y Barquín Sanz, J. (directores), *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Informe para el Defensor del Pueblo, Granada, 2013.

Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de García Álvarez, P., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Nieto Martín, A.; Muñoz de Morales Romero, M.; y Rodríguez Yagüe, C., «Alternativas a la prisión: una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 1-100.

Nistal Burón, J., «Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero. Su previsión legal sobre la ejecución de las penas privativas de libertad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2025, pp. 1-10.

Poza Cisneros, M., «Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal», en *Manuales de formación continuada*, núm. 4, 1999, pp. 235-358.

Prat Westerlindh, C., *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004.

Puente Segura, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009.

Quintero Olivares, G., «La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea», en Márquez de Prado Pérez, J. (director), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 16, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 1-24.

— *Parte General del Derecho penal*, con la colaboración de Morales Prats, F., 5.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Rasillo López, M. P., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, núm. 21, 2001, pp. 1-63.

Ríos Martín, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal», *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, mayo-agosto 2016, pp. 103-126.

Rodríguez Sáez, J. A., «La motivación de las resoluciones judiciales discrecionales en la fase de ejecución del proceso penal», *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 15/2019, Bilbao, pp. 77-107.

Roig Torres, M., «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor», *Revista penal*, núm. 33, enero 2014, pp. 170-207.

— «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (Arts. 80, 81 y 82)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J. L. (director), Górriz Royo, E. y Matallín Evangelio, Á. (coordinadoras), 2.ª edición, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2015, pp. 325-341.

Roselló Monserrat, J. T., «Mediación penal en España», *La Ley mediación y arbitraje*, núm. 11, 6123/2022, pp. 1-11.

Sánchez García De Paz, I., en Gómez Tomillo, M. (director): «Artículos 80 a 87», en *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, artículos 1-137, Tomo I*, 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 733-784.

SÁNCHEZ YLLERA, I., en Vives Antón, T. S. (coordinador): *Comentarios al Código Penal de 1995, volumen I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000.

SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, editorial Trivium, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio», *Actualidad Penal*, núm. 39, 1999, pp. 751-758.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «El informe criminológico en el ámbito judicial», *Eguzkilore*, núm. 11, diciembre 1997, pp. 141-156.

TAMARIT SUMALLA, J. M., «Artículos 80-87», en *Comentarios al Código Penal Español (Tomo I)*, 6.ª edición, Quintero Olivares, G. (director), Morales Prats, F. (coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011.

TÉLLEZ AGUILERA, A., «El Libro Primero del Código Penal tras la L. O. 1/2015», *La Ley Penal*, núm. 114, mayo-junio 2015, pp. 1-24.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Malos tiempos para las alternativas a la cárcel (a propósito de las últimas reformas penales en España)», *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 2012, pp. 223-257.

TRAPERO BARREALES, M. A., «El presupuesto de la suspensión, art. 80.1 Código Penal: ¿un cambio en su planteamiento?», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, III, época II, diciembre 2016, pp. 83-135.

— «La nueva regulación del artículo 71.2 Código Penal: o alternativas al cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses», *La Ley Penal*, núm. 126, mayo-junio 2017, pp. 1-34.

— *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2017.

VARONA GÓMEZ, D., «La suspensión de la pena de prisión: razones de una historia de éxito», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 10, núm. 17 (2019), pp. 1-37.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La mediación-reparación en el Derecho penal de adultos*, Dykinson, Madrid, 2022.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J. L. (director), Górriz Royo, E. /Matallín Evangelio, Á. (coordinadoras), 2.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 393-416.

VIVES ANTÓN, T. S., «La reforma penal de 2015: una valoración genérica», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J. L. (director), Górriz Royo, E. y Matallín Evangelio, Á. (coordinadoras), 2.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 29-41.

La práctica negociadora en el juicio rápido: análisis jurídico y consideraciones garantistas

RAFAEL LINARES MEMBRILLA (1)
Ejerciente núm. 4.077 del Ilustre Colegio de Abogados de Tenerife

RESUMEN

Este trabajo analiza la práctica negociadora que se ha consolidado en el juicio rápido en torno a la conformidad penal, pese a no estar formalmente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de la observación de la dinámica cotidiana de fiscales y defensas, se examina cómo la formulación de propuestas verbales de pena, seguida en ocasiones de acusaciones más elevadas en ausencia de acuerdo, configura un espacio práctico intermedio entre la regulación y la realidad procesal. El estudio no adopta una perspectiva acusatoria, sino que ofrece una reflexión prudente sobre las tensiones garantistas que pueden derivarse de esta estructura informal: la voluntariedad del consentimiento, el impacto del diferencial de pena, los límites del deber de objetividad del Ministerio Fiscal, la capacidad de control judicial y la posición de la defensa en un entorno de decisión acelerada.

Palabras clave: *conformidad penal; Juicio rápido; Negociación procesal; Garantías procesales; Ministerio Fiscal.*

ABSTRACT

This article examines the informal negotiating practices that have become embedded in fast-track criminal proceedings when defendants consider entering a guilty plea, despite the absence of an explicit legal framework regulating such interactions. Drawing on the observed dynamics between prosecutors and defence

(1) ORCID: 0009-0000-1943-0586.

lawyers, the study explores how verbal penalty offers—often followed by higher formal accusations when no agreement is reached—create a practical space that lies between statutory regulation and day-to-day procedural reality. Rather than adopting a confrontational or accusatory stance, the analysis offers a measured reflection on the safeguard-related tensions arising from this informal structure: the voluntariness and quality of the defendant's consent, the impact of penalty differentials, the scope of the prosecutor's duty of objectivity, the limits of judicial oversight, and the challenges faced by the defence in an accelerated decision-making environment.

Keywords: *Guilty plea; Fast-track proceedings; Procedural negotiation; Procedural safeguards; Public Prosecutor's Office.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La conformidad en el juicio rápido: regulación y función.–III. Dinámicas prácticas de negociación en los juicios rápidos. 3.1 La negociación informal en la práctica cotidiana del juicio rápido. 3.2 Convergencias con modelos externos sin equivalencia normativa.–IV. Tensiones garantistas derivadas de la práctica. 4.1 Voluntariedad e información en la decisión del acusado. 4.2 Diferencial de pena y debate sobre una posible «trial penalty». 4.3 La incertidumbre estructural del juicio oral como fundamento racional de la conformidad.–V. Aportaciones doctrinales y empíricas relevantes.–VI. Propuestas para mejorar la transparencia y la seguridad jurídica.–VII. Reflexiones finales.–VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la conformidad en el procedimiento penal español –y, de manera específica, de las dinámicas propias de los juicios rápidos– exige situar esta institución, tal como hoy se aplica en el marco normativo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (2), en el contexto estructural y político-criminal en el que realmente opera. No se trata únicamente de valorar un mecanismo procesal más o menos eficiente, sino de comprender cómo determinadas condiciones materiales del sistema judicial condicionan la lógica práctica de la conformidad y, particularmente, cómo influyen en las interacciones previas entre Ministerio Fiscal y defensa. La cuestión central que se aborda en este trabajo –la eventual discrepancia entre una oferta verbal inicial del

(2) Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEC), aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882. Texto consolidado disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

fiscal y la posterior acusación formal cuando no se alcanza un acuerdo– no puede estudiarse adecuadamente sin atender al trasfondo institucional que ha impulsado la expansión, consolidación y funcionalización del juicio rápido.

La jurisdicción penal atraviesa desde hace años una situación de elevada demanda estructural (3). Los datos del Consejo General del Poder Judicial para 2024 muestran que solo los Juzgados de Instrucción registraron 1.598.470 asuntos penales ingresados (4) en ese año, cifra prácticamente equivalente al número de asuntos resueltos (1.603.770), con 363.491 procedimientos aún en trámite al final del ejercicio.

A estas cifras se suman las correspondientes a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, que en 2024 recibieron más de un millón de asuntos. El volumen describe un sistema que funciona de manera permanente en niveles muy próximos a su capacidad máxima o incluso los sobrepasa. La tasa de congestión penal media nacional (1,32) confirma esta presión sostenida.

En un escenario así, el juicio rápido se ha convertido en uno de los principales instrumentos para asegurar la fluidez del sistema. La estadística del CGPJ (5) indica que en 2024 se incoaron 242.383 diligencias urgentes, de las cuales 122.809 terminaron en sentencia de conformidad ante el propio juzgado instructor (6), es decir, el 50,67 % del total. Esta proporción, que se mantiene estable en la serie histórica reciente, evidencia hasta qué punto la conformidad constituye el modo natural de terminación de un número muy significativo de procedimientos tramitados por la vía rápida. A esto se añade que, dentro de los procedimientos por delitos leves, 89.245 de los 501.750 resueltos en 2024 lo hicieron como juicios rápidos, esto es, un 17,8 %.

Estos datos permiten constatar dos realidades relevantes para el objeto de este estudio. La primera es la intensidad cuantitativa del juicio rápido en el funcionamiento cotidiano de la justicia penal española: cientos de miles de procedimientos al año, una parte muy sustancial de ellos concluidos mediante conformidad, y una estructura

(3) Lascuraín Sánchez J. A., *Justicia penal consensuada*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 45-62.

(4) CGPJ, *La Justicia dato a dato 2024 cit.* p. 34.

(5) Consejo General del Poder Judicial, «*La Justicia dato a dato 2024*», disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/ (consultada el 7 de diciembre de 2025).

(6) Varona Gómez, D., y Kemp, S., «Las sentencias de conformidad en España: un análisis empírico de su impacto en la penalidad». *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 1-36. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/1679.pdf (consultada el 6 de diciembre de 2025).

de guardias que debe absorber ese flujo constante. La segunda es la dependencia estructural del sistema respecto de la conformidad como mecanismo de racionalización: mientras los órganos judiciales mantienen niveles de congestión elevados y reciben volúmenes de entrada prácticamente equivalentes a su capacidad de resolución, la vía rápida y la aceptación temprana de responsabilidad –con la consiguiente reducción de pena– actúan como elementos imprescindibles para sostener el equilibrio funcional del modelo.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024 (7) contribuye a reforzar esta percepción. En ella se constata que los servicios de guardia continúan soportando una gran concentración de diligencias urgentes y detenidos, con ritmos de tramitación que requieren decisiones inmediatas sobre la viabilidad de una conformidad y sobre la orientación que se dará al procedimiento. La propia Memoria subraya que la simplificación derivada de las reformas legislativas recientes y la utilización intensiva de los juicios rápidos forman parte de la estrategia institucional para atender con eficacia los elevados flujos de entrada. A ello se añade que el principio de objetividad del Ministerio Fiscal debe articularse en un entorno de alta inmediatez, donde en ocasiones resulta necesario anticipar, de forma verbal y orientativa, el marco punitivo que cabría considerar en caso de conformidad, con el fin de permitir que la defensa asesore adecuadamente al investigado dentro de los plazos extremadamente reducidos propios del modelo.

El contexto político-criminal reciente también ha reforzado la centralidad de los juicios rápidos. El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que introduce diversas medidas de digitalización y eficiencia procesal (8), reafirma la orientación general hacia procedimientos ágiles y tecnológicamente sostenidos, en los que la presencia telemática y la simplificación documental adquieren cada vez más relevancia. Aunque esta reforma no altera directamente la regulación de la conformidad, sí configura un entorno institucional en el que la aceleración procedimental se concibe como un valor estructural, lo que indirectamente potencia el papel del juicio rápido como paradigma de eficiencia procesal.

A la vista de este panorama, la relevancia práctica de la conformidad no puede ser entendida únicamente como una consecuencia de los

(7) Fiscalía General del Estado, *Memoria 2024*, disponible en https://www.fiscal.es/documents/20142/1714900/Memoria+FGE+2024.pdf (consultada el 7 de diciembre de 2025).

(8) Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, de medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/12/19/6 (consultada el 7 de diciembre de 2025).

incentivos previstos legalmente, sino también como un reflejo de la tensión estructural entre garantías y eficiencia. Allí donde la necesidad de dar respuesta rápida a un elevado número de asuntos se combina con un procedimiento diseñado para concentrar en pocas horas la declaración del investigado, la valoración preliminar de la acusación y la eventual aceptación de responsabilidad, es inevitable que surjan espacios informales de interacción entre las partes. El más relevante de ellos –y el que constituye el centro de este estudio– es la comunicación verbal preliminar del fiscal sobre la pena que consideraría adecuada en caso de conformidad.

La práctica forense muestra que esta manifestación inicial cumple una función instrumental evidente: permite a la defensa evaluar la conveniencia de aceptar una conformidad o de proseguir el procedimiento, y facilita que el acusado comprenda las alternativas disponibles en un entorno de presión temporal intensa. Sin embargo, también introduce un elemento de potencial fricción cuando la oferta verbal no se materializa posteriormente en los mismos términos en la acusación formal presentada en caso de no alcanzarse el acuerdo. La asimetría entre la información disponible para la defensa en el momento de adoptar la decisión y la configuración posterior de la acusación plantea interrogantes sobre la transparencia, la coherencia y la voluntariedad del consentimiento (9) prestado.

La tensión se acentúa si se considera que el modelo del juicio rápido se apoya sobre un espacio intermedio no documentado, en el que las conversaciones y orientaciones previas no quedan recogidas en el expediente. El juez, que solo interviene para verificar la corrección jurídico-material y la voluntariedad de la conformidad, no tiene acceso a la información que ha podido moldear la voluntad del acusado más allá de lo que este declare en el acto. Ello no invalida la conformidad –que sigue gozando de plena legitimidad normativa–, pero sí suscita la necesidad de examinar con detenimiento las dinámicas que pueden generar diferencias entre la oferta inicial y la acusación definitiva, y de valorar si estas diferencias responden a criterios objetivos o, por el contrario, pueden generar la percepción de que el acusado es penalizado por no haber aceptado la conformidad.

Por tanto, el análisis que se propone en las páginas siguientes no aborda la conformidad como un instrumento aislado ni como una simple técnica de terminación anticipada, sino como una institución situada en un ecosistema procesal caracterizado por la celeridad, la presión estructural de los juzgados y la necesidad de decisiones inme-

(9) Tribunal Constitucional, STC 76/1990, de 26 de abril de 1990, ECLI: ES: TC:1990:76.

diatas. La comprensión de este marco es indispensable para valorar la legitimidad, la funcionalidad y los límites de las ofertas verbales del Ministerio Fiscal, así como la coherencia entre estas y la acusación formal finalmente presentada cuando la conformidad no se materializa. Solo desde esta perspectiva es posible evaluar con rigor si las discrepancias observadas en la práctica pueden considerarse compatibles con los principios que rigen el proceso penal español o si, por el contrario, revelan la existencia de tensiones que aconsejan una reflexión crítica y una eventual revisión de prácticas.

Con este panorama contextual establecido, procede ahora examinar la regulación y función específica de la conformidad en el juicio rápido, como base para entender sus dinámicas prácticas.

II. LA CONFORMIDAD EN EL JUICIO RÁPIDO: REGULACIÓN Y FUNCIÓN

La conformidad en el juicio rápido constituye una de las piezas centrales del modelo español de enjuiciamiento penal orientado a la celeridad. Su configuración normativa, asentada en los artículos 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se inserta en un procedimiento diseñado para concentrar en un breve espacio temporal actuaciones que en el proceso ordinario se desarrollarían de forma más dilatada. Esta concentración funcional genera un marco en el que la posibilidad de alcanzar una conformidad adquiere un relieve particular, en tanto permite anticipar la finalización del procedimiento y evitar la apertura del juicio oral mediante una admisión temprana de los hechos por parte del acusado.

La previsión de una reducción de un tercio de la pena en caso de conformidad, contemplada en el artículo 801, opera como un incentivo explícito para promover soluciones tempranas y reducir la litigiosidad. No se trata de una previsión aislada en nuestro ordenamiento, sino de un mecanismo que forma parte de una tendencia más general hacia formas de simplificación procesal (10) que buscan aliviar la carga de trabajo de los órganos judiciales y, al mismo tiempo, ofrecer al investigado un horizonte de resolución más rápida y menos gravosa. La posibilidad de aplicar este beneficio en una fase embrionaria del procedimiento es coherente con la lógica de eficiencia que inspira al

(10) Ruiz-Risueño, J., *Los juicios rápidos: eficacia y garantías en la justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 97-123, donde analiza la función de la conformidad como instrumento de simplificación y descarga del sistema judicial.

juicio rápido, especialmente en supuestos de flagrancia, evidencias iniciales suficientes o investigación policial y pericial ya avanzada en el momento de la detención.

Desde el punto de vista funcional, la conformidad actúa como un mecanismo de racionalización del esfuerzo procesal: el acusado obtiene una previsibilidad razonable del desenlace, el Ministerio Fiscal asegura una respuesta penal ajustada sin necesidad de celebrar un juicio y el órgano judicial reduce tiempos y recursos. Esta confluencia de intereses explica, en buena medida, el éxito práctico del modelo y su progresiva consolidación. Ahora bien, esta misma concentración de incentivos hace que la institución posea una intensidad propia en el ámbito del juicio rápido, donde la proximidad temporal entre detención, primera comparecencia y eventual conformidad sitúa al acusado en una posición de decisión acelerada, con márgenes más estrechos que en otros procedimientos.

La regulación legal, sin embargo, mantiene una estructura relativamente rígida: exige plenamente la concurrencia de las garantías propias de la admisión de hechos y de la aceptación de una pena, incluida la verificación judicial de la voluntariedad (11), la suficiencia de la información proporcionada a la persona investigada y la adecuación de la pena solicitada al marco legal aplicable. El diseño normativo, en este sentido, no contempla un espacio formalizado de negociación (12), ni un procedimiento específico para canalizar eventuales ofertas o contrapropuestas, más allá del trámite previsto para la formulación de la acusación y la eventual conformidad en presencia judicial.

Es precisamente esta distancia entre la regulación y la práctica lo que ha ido configurando un campo intermedio (13) donde se desarrollan, de manera informal y en un entorno de inmediatez, intercambios que preceden a la decisión final de conformarse o no. La ley no define cómo deben producirse estos contactos preliminares ni qué forma deben adoptar, sino que se limita a prever la verificación judicial del acuerdo alcanzado. Ello ha permitido que, en la experiencia cotidiana, la conformidad en el juicio rápido adquiera un contenido más dinámico del que se desprende de su literalidad normativa, integrándose

---

(11) Tribunal Supremo, STS 1030/2006, de 27 de octubre de 2006, ECLI: ES: TS:2006:6579, que subraya la necesidad de que la conformidad sea expresamente voluntaria y verificada por el órgano judicial.

(12) Tomás-Valiente Lanuza, C., «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 1-28. DOI: https://doi.org/10.31009/INDRET.2024. I4.06 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

(13) Varona, Kemp y Benítez, *op. cit.*, pp. 1-36.

en un contexto donde confluyen las necesidades de eficacia institucional con la exigencia de garantizar un consentimiento válido y plenamente informado.

De este modo, la conformidad en el juicio rápido debe entenderse no solo como un instrumento regulado por la ley, sino también como una institución que opera en un ecosistema procesal específico. Su función, más allá de la reducción de pena, es contribuir a la eficiencia global del sistema penal sin menoscabo de las garantías. Sin embargo, la coexistencia entre estos objetivos –la simplificación del procedimiento y la preservación de la autonomía decisional del acusado– plantea cuestiones que requieren una reflexión detenida (14), especialmente cuando la práctica cotidiana incorpora elementos no previstos explícitamente por el legislador. Estas tensiones justifican el análisis que se desarrollará en los apartados siguientes, orientado a comprender las dinámicas reales que acompañan a la conformidad y los retos que plantean desde la óptica garantista.

Entendida así la conformidad en su marco normativo, el siguiente apartado explora las dinámicas prácticas de negociación que emergen en la realidad del juicio rápido, revelando el espacio intermedio entre la ley y la aplicación cotidiana.

III. DINÁMICAS PRÁCTICAS DE NEGOCIACIÓN EN LOS JUICIOS RÁPIDOS

En la realidad cotidiana de los juzgados, el juicio rápido opera dentro de un contexto que se distingue por la inmediatez y por la sucesión acelerada de actos procesales que deben practicarse y resolverse en un plazo muy reducido. Las decisiones que las partes han de adoptar, muchas de ellas con consecuencias relevantes para la orientación del procedimiento, se toman en un marco temporal que no admite dilaciones y que exige un grado elevado de reacción inmediata. Esta estructura imprime a la conformidad un carácter especialmente vivo y dinámico, diferente del que es propio de otros procedimientos penales en los que la existencia de una fase intermedia más amplia posibilita una deliberación más reposada y un análisis más profundo de las alternativas disponibles. En contraste, el juicio rápido obliga a tomar deci-

(14) De la Mata Barranco, N. J., «Proceso penal y garantías: reflexiones sobre el significado actual del derecho a un proceso con todas las garantías», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, pp. 1-25. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=14 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

siones casi en el mismo momento en que se desarrollan los hechos procesales, lo que condiciona inevitablemente la forma en que se valora la posibilidad de conformarse. Aunque el legislador no ha previsto para este procedimiento un cauce de negociación específico ni un marco formalizado para las interacciones entre las partes, la experiencia acumulada en los tribunales muestra que, con el tiempo, han ido surgiendo y asentándose determinadas pautas prácticas. Estas actuaciones, que no responden a un mandato normativo, se han incorporado de forma espontánea al quehacer diario de fiscales, defensas y juzgados, y funcionan como un soporte informal que acompaña la decisión de conformarse, aun cuando no exista un mecanismo de negociación previsto expresamente por la ley.

3.1 **La negociación informal en la práctica cotidiana del juicio rápido**

En el espacio reducido que media entre la puesta a disposición judicial del detenido y la eventual celebración de la vista, la interacción entre el Ministerio Fiscal y la defensa adopta con frecuencia la forma de un intercambio preliminar orientado a explorar si existen condiciones para promover una conformidad. Se trata de un momento procesal especialmente concentrado, en el que las partes deben valorar con rapidez la situación fáctica y jurídica del caso y anticipar, en la medida de lo posible, los escenarios probables de resolución. Estas conversaciones, que no tienen un cauce reglado ni una forma necesaria, se articulan en la práctica con notable fluidez y se han convertido en un elemento asumido del funcionamiento diario de los operadores jurídicos (15). Su desarrollo no responde a un protocolo previamente establecido, sino a las dinámicas propias del entorno de guardia, donde la celeridad, la acumulación de asuntos y la presión temporal inherente al modelo generan un espacio particularmente propicio para la búsqueda de acuerdos tempranos. La necesidad de gestionar numerosos asuntos en un corto lapso de tiempo provoca que tanto fiscales como defensas recurran a mecanismos de comunicación ágiles que permitan clarificar en pocos minutos el margen de actuación (16). En ese contexto, las pautas de interacción se han ido configurando con el tiempo de forma espontánea, sin un diseño institucional consciente, pero respondiendo a las exigencias funcionales del procedimiento. La ausencia de formalidades no impide que estas prácticas sean reconoci-

(15) Tomás-Valiente Lanuza, C. *op. cit.,* pp. 1-28.
(16) Varona, Kemp y Benítez, *op. cit.*, pp. 1-36.

bles para todos los participantes, que las perciben como una fase tácita pero integrada en el desarrollo normal del juicio rápido.

Es relativamente habitual que el Ministerio Fiscal exponga verbalmente una valoración inicial del caso, a veces acompañada de una indicación orientativa sobre la pena que podría interesarse en caso de que el acusado acepte los hechos y se acoja a la reducción prevista en la ley. En ocasiones, esta primera apreciación se limita a una descripción sucinta de los elementos de hecho que se estiman suficientemente acreditados; en otras, incluye una aproximación algo más detallada sobre el encaje típico, la relevancia de determinadas circunstancias o la viabilidad probatoria de ciertos extremos. Estas propuestas –siempre informales y no documentadas– cumplen la función práctica de ofrecer a la defensa un escenario sobre el que formar una recomendación fundada a su cliente, permitiendo a este valorar si le conviene explorar una conformidad o si, por el contrario, prefiere someter el asunto a juicio.

El contenido de estas orientaciones puede oscilar en función de las circunstancias del caso, de la valoración de la prueba disponible o incluso de la propia dinámica de la conversación inicial. En determinados supuestos, la valoración preliminar del fiscal puede ser relativamente «estática», derivada directamente del atestado o de experiencias previas con tipos penales similares; en otros, puede modificarse tras escuchar las apreciaciones de la defensa o tras detectar algún matiz que no había sido inicialmente considerado. Sea como fuere, lo cierto es que la propuesta no se formaliza por escrito ni se incorpora al expediente, lo que responde tanto a la naturaleza flexible de la interacción como a la ausencia de previsión normativa que imponga su registro.

Cuando el acusado manifiesta su voluntad de no conformarse, el Ministerio Fiscal procede entonces a formular la acusación correspondiente a su consideración jurídica del hecho, con frecuencia más elevada que la indicada de modo verbal. Este tránsito es consustancial al propio diseño del procedimiento: la mención inicial del fiscal no tiene carácter vinculante y se formula con la finalidad de explorar un posible acuerdo; la acusación formal, por el contrario, debe reflejar su posición jurídica completa en ausencia de pacto. La convivencia de ambos momentos –la orientación inicial y la acusación formal– no obedece tanto a una voluntad estratégica explícita como a la lógica del procedimiento, que exige al fiscal definir en ese momento su pretensión con arreglo a la normativa aplicable y a los elementos de convicción disponibles. Sin embargo, este desplazamiento entre la propuesta informal y la acusación formal constituye uno de los aspectos más característicos de la práctica cotidiana y uno de los elementos que justifican la necesi-

dad de un análisis cuidadoso sobre su impacto en la percepción de voluntariedad y equilibrio en la decisión del acusado.

El hecho de que estas interacciones no dejen rastro documentado tiene consecuencias relevantes. Por un lado, permite mantener la flexibilidad propia de la negociación informal y favorece la fluidez operativa del procedimiento, evitando cargas burocráticas que resultarían difíciles de compatibilizar con la urgencia del juicio rápido. Por otro lado, dificulta reconstruir con precisión el marco de incentivos sobre el que se adopta la decisión de conformarse, así como evaluar «ex post» si la oferta verbal condicionó de algún modo la capacidad deliberativa del acusado (17). Esta ausencia de constancia no implica irregularidad alguna, pero sí revela la existencia de una zona intermedia entre la regulación formal y la práctica profesional que merece ser analizada desde una perspectiva de transparencia y garantías (18), especialmente cuando la diferencia entre la indicación verbal y la acusación posterior es significativa.

Además, esta práctica genera una dinámica en la que las expectativas del acusado respecto al resultado probable del procedimiento pueden verse influidas por impresiones formadas en un espacio esencialmente informal (19). La defensa debe traducir estas orientaciones en un consejo práctico, que no siempre puede basarse en elementos objetivos verificables. Esto no supone un defecto del sistema, pero sí ilustra cómo la negociación informal se ha integrado como un componente real del procedimiento, aunque no figure en la norma y no pueda ser objeto de control jurisdiccional directo.

La normalización de estas dinámicas no es fruto de una decisión expresa de los operadores, sino el resultado de la reiteración práctica y de la adaptación del sistema a su propio ritmo de trabajo. Como ocurre con otros institutos procesales de origen consuetudinario, su consolidación se explica por su utilidad operativa y por la percepción compartida de que facilitan la gestión de los asuntos sin menoscabo de los principios esenciales del proceso. En la medida en que todos los participantes –jueces, fiscales y defensas– las reconocen como habituales, se integran sin fricción en el funcionamiento diario del juicio rápido, lo que contribuye a consolidarlas como un elemento estructural del procedimiento, aunque no aparezcan en su regulación. Su pre-

(17) Lascuraín Sánchez, J. A., y Gascón, F., *«¿Por qué se conforman los inocentes?»*. InDret, núm. 3, 2018, pp. 1-44. Disponible en: https://indret.com/por-que-se-conforman-los-inocentes/ (consultada el 6 de diciembre de 2025).

(18) Oliver Calderón, G. R., *«La conformidad en el proceso penal español: análisis y juicio crítico», Derecho* PUCP, núm. 90, 2023, pp. 391-413. DOI: https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.011 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

(19) Varona, Kemp y Benítez, *op. cit.*, pp. 1-36.

sencia constante demuestra que la práctica profesional desempeña un papel decisivo en la configuración real del proceso penal, modulando sus ritmos, sus usos y sus espacios de interacción más allá de lo estrictamente normativo.

3.2 **Convergencias con modelos externos sin equivalencia normativa**

La presencia de estas dinámicas informalmente negociadoras ha suscitado, en el debate doctrinal, comparaciones con ciertos rasgos del *plea bargaining* anglosajón, especialmente en lo relativo a la formulación de propuestas iniciales y a la eventual diferencia entre la pena sugerida en un escenario de acuerdo y la interesada en caso de enjuiciamiento(20). La mera existencia de una orientación verbal sobre la posible pena, seguida de una acusación más elevada cuando no se alcanza la conformidad, recuerda superficialmente a algunos patrones de negociación penal propios del derecho estadounidense. Ahora bien, estas similitudes, que surgen de la observación empírica y de la estructura de incentivos inherente a la conformidad, deben manejarse con cautela, evitando lecturas que atribuyan al sistema español rasgos que no le pertenecen ni en su diseño normativo ni en su funcionamiento institucional.

En efecto, el ordenamiento procesal español mantiene principios estructurales que lo distancian con claridad del modelo negocial anglosajón. El principio de legalidad en la acusación, el control judicial reforzado de la conformidad, la exigencia de que la renuncia de derechos sea libre y voluntaria y, especialmente, el deber de objetividad del Ministerio Fiscal, delimitan un marco de actuación en el que la discrecionalidad negocial carece del alcance decisorio que caracteriza al *plea bargaining.* Además, la fiscalía española no dispone de un poder de disposición del procedimiento comparable al que se reconoce a los fiscales estadounidenses, ni puede configurar el desenlace penal mediante concesiones que alteren el tipo delictivo o el marco punitivo de manera libre. La estructura de garantías procesales, así como la función constitucional del juez en la homologación del acuerdo, refuerzan esta distancia conceptual e institucional.

Más que hablar de una importación o traslación del *plea bargaining,* parece más adecuado entender las prácticas descritas como una convergencia funcional. La celeridad del procedimiento, la concentración de actos, la necesidad de adoptar decisiones relevantes en un

(20) Bibas, S., «Plea Bargaining's Role in the Criminal Justice System,» *Oxford University Press,* Nueva York, 2016, pp. 15-38.

tiempo reducido y la posibilidad de aplicar una reducción significativa de pena generan un entorno que, de forma casi espontánea, favorece la aparición de comportamientos orientados a valorar la viabilidad de un acuerdo temprano. Estos comportamientos no responden a un diseño negocial formal, sino a la lógica propia de un procedimiento acelerado, en el que las partes buscan anticipar escenarios con el fin de racionalizar su actuación. Dentro de un modelo procesal que no contempla un derecho a negociar la pena ni un cauce estructurado para ello, estas prácticas se integran en la dinámica habitual sin alterar, al menos en teoría, los fundamentos del proceso penal español.

Conviene destacar que la comparación con modelos extranjeros cumple aquí una función meramente ilustrativa. No se pretende sostener que el juicio rápido español incorpore, siquiera imperfectamente, un sistema de negociación penal de corte anglosajón. Lo que la comparación permite es advertir que ciertos patrones –ofertas iniciales, variaciones entre propuesta temprana y acusación final, valoración estratégica de riesgos– pueden surgir de manera casi natural en procedimientos intensivos en celeridad. Esta constatación no implica un desplazamiento de los principios rectores del proceso español, pero sí permite comprender mejor por qué determinadas dinámicas aparecen y se consolidan en la práctica aun sin contar con una base normativa expresa.

Este paralelismo funcional ayuda también a identificar posibles zonas de riesgo. Una de ellas es la percepción, por parte del acusado, de que existe una diferencia punitiva relevante –o incluso excesiva– entre la alternativa de conformarse y la perspectiva de ser juzgado. Aunque esta diferencia responde en nuestro sistema a la propia estructura legal de la conformidad y no a una estrategia negociadora del fiscal, la percepción subjetiva del acusado puede aproximarse a la lógica del *trial penalty* estudiada en el ámbito comparado. Otro riesgo potencial se encuentra en la capacidad limitada del juez para conocer el contenido exacto de las interacciones previas, lo que puede dificultar la reconstrucción del proceso decisorio y, con ello, la verificación plena de la voluntariedad del consentimiento.

La comparación también permite valorar si los mecanismos actuales de control judicial y de garantía de la voluntariedad resultan suficientes para prevenir efectos indeseados. La ausencia de documentación de las propuestas iniciales, el desplazamiento entre la indicación verbal y la acusación final y el ritmo acelerado del procedimiento constituyen elementos que, combinados, pueden generar una zona intermedia difícil de supervisar. Sin embargo, esta zona no altera la naturaleza jurídica del proceso ni lo convierte en un sistema de justicia negociada, sino que refleja la existencia de prácticas adaptativas propias de un modelo sometido a elevadas exigencias de celeridad.

En definitiva, la coexistencia de prácticas negociadoras informales en el juicio rápido no supone una transformación de su naturaleza jurídica, pero sí revela la aparición de un espacio práctico situado entre la letra de la ley y la dinámica cotidiana de los operadores. Se trata de un terreno intermedio que emerge como consecuencia natural del funcionamiento del procedimiento y no de una voluntad de las partes de incorporar un sistema negocial externo. Comprender adecuadamente este espacio resulta esencial para valorar, en el siguiente epígrafe, sus implicaciones garantistas y su impacto en la autonomía decisional del acusado, así como para identificar los elementos que condicionan la percepción de equidad en el proceso.

IV. TENSIONES GARANTISTAS DERIVADAS DE LA PRÁCTICA

La existencia de dinámicas negociadoras informales en el juicio rápido, aun cuando no aparecen recogidas de forma expresa en la regulación legal del procedimiento, se ha convertido con el paso del tiempo en un elemento prácticamente consustancial a su funcionamiento cotidiano. Su presencia no responde a una decisión normativa deliberada ni a la introducción explícita de un mecanismo de negociación en el proceso penal, sino a la propia evolución práctica del modelo y a la forma en que los operadores jurídicos han ido adaptándose a las exigencias temporales y funcionales del entorno de guardia. De este modo, dichas prácticas se han integrado de forma natural en el ecosistema procesal, hasta el punto de que su utilización resulta, en la actualidad, un rasgo reconocible del trámite acelerado que caracteriza al juicio rápido.

Ahora bien, esta incorporación espontánea de usos negociadores genera una serie de tensiones que, sin comprometer la operatividad del procedimiento, sí merecen ser atendidas desde la óptica garantista. La interacción entre lo estrictamente previsto por la ley y lo que la práctica ha ido consolidando de manera informal plantea interrogantes sobre la incidencia que estas dinámicas pueden tener en la toma de decisiones del acusado, en la configuración de su consentimiento y en la percepción general de equilibrio entre las partes. Tales tensiones no implican necesariamente la existencia de irregularidades ni cuestionan la actuación de los operadores jurídicos, pero sí invitan a examinar con detenimiento cómo estos usos pueden influir, en determinadas ocasiones, en elementos esenciales del proceso penal que exigen un especial rigor en su preservación.

En este sentido, la práctica acumulada –más fruto de la experiencia diaria que del diseño legal– muestra que determinadas pautas

informales pueden interactuar con principios estructurales del proceso penal, como la objetividad en la acusación, la voluntariedad del consentimiento o el derecho a un proceso con todas las garantías, produciendo efectos cuya relevancia no siempre es inmediatamente visible. Esto no supone negar la utilidad práctica de la conformidad ni poner en cuestión la profesionalidad de quienes participan en el procedimiento, sino reconocer que la convivencia entre norma y praxis puede generar zonas intermedias que merecen ser analizadas. Comprender estas zonas, identificar sus características y valorar su impacto potencial constituye un ejercicio necesario para garantizar que la adaptación funcional del proceso penal no introduzca, de forma inadvertida, elementos que tensionen su equilibrio garantista.

4.1 **Voluntariedad e información en la decisión del acusado**

La primera de estas tensiones se proyecta sobre la exigencia de que la conformidad sea fruto de una decisión libre (21) y plenamente informada. El marco del juicio rápido, caracterizado por la inmediatez (22) y la concentración de actos procesales, limita en ocasiones el tiempo disponible para que el acusado valore las implicaciones jurídicas de su elección. La presencia de propuestas verbales relativas al marco penal aplicable, que pueden diferir sensiblemente de la posterior acusación formal, puede influir en la percepción (23) del acusado sobre las alternativas reales a su disposición (24). Ello no significa que su decisión carezca de autonomía, sino que dicha autonomía se ejerce en un entorno condicionado por márgenes temporales estrechos y por una información que, aun siendo correctamente transmitida por la defensa, puede resultar difícil de asimilar en un espacio tan reducido.

Además, el hecho de que la oferta inicial del Ministerio Fiscal no quede documentada (25) dificulta reconstruir *a posteriori* el conjunto de elementos valorados por el acusado. Desde el punto de vista de las

(21) STC 76/1990**,** de 26 de abril, FJ 4, ECLI: ES: TC:1990:76, que subraya que la admisión de hechos solo es válida si deriva de una decisión libre, consciente y expresamente verificada por el órgano judicial.

(22) Ruiz-Risueño, J. *op. cit.,* pp. 49-72.

(23) Lascuraín Sánchez y Gascón, *op. cit.,* pp. 1-44, donde se analizan los efectos psicológicos y estratégicos que pueden inducir conformidades no deseadas.

(24) Sobre la importancia de la transparencia y claridad del acuerdo penal como garantía esencial, véase Lascuraín Sánchez, J. C. *Conformidades y garantías: reflexiones en torno a la transparencia del acuerdo penal.* Estudios de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 221-244.

(25) Oliver Calderón, G. R. *op. cit.,* p. 403, donde se expone la ausencia de rastro documental en los intercambios preliminares.

garantías, esta ausencia de constancia no vulnera por sí misma ninguna exigencia constitucional, pero sí plantea interrogantes sobre la transparencia del proceso decisorio y la capacidad del órgano judicial para comprobar de manera plena la voluntariedad de la conformidad.

Por otra parte, la defensa se sitúa en el juicio rápido en una posición especialmente exigente: debe asesorar al acusado en un marco temporal reducido, interpretar la orientación inicial del fiscal, anticipar la posible acusación formal y transmitir las consecuencias de cada opción. Aunque los abogados cuentan con la experiencia y la formación necesarias para desempeñar adecuadamente esta función, la premura característica del procedimiento puede generar un desequilibrio (26) entre la capacidad de la defensa para analizar el caso y la rapidez con la que deben tomarse decisiones de notable trascendencia penal.

La igualdad de armas no se vulnera por el mero hecho de que existan tiempos breves, pero sí requiere condiciones mínimas para que la defensa pueda desarrollar su función de manera efectiva. La existencia de propuestas verbales, no siempre susceptibles de contrastarse documentalmente, añade un elemento de complejidad que puede intensificar la presión sobre el acusado y, por extensión, sobre su abogado. De ahí la importancia de reflexionar sobre mecanismos que permitan reforzar la claridad de las opciones disponibles y la comprensibilidad del proceso decisorio.

Desde una perspectiva interdisciplinaria, la psicología cognitiva aporta un marco particularmente útil para comprender cómo la presión temporal inherente al juicio rápido puede activar mecanismos mentales que distorsionan, de forma sutil pero significativa, la voluntariedad de la decisión del acusado. La doctrina psicológica ha mostrado de manera consistente que, en contextos donde el tiempo para decidir es reducido y la carga emocional elevada, las personas tienden a apoyarse en atajos cognitivos como forma de gestionar la complejidad. Uno de ellos es el sesgo de anclaje *(anchoring bias),* por el cual la primera información recibida adquiere un peso desproporcionado en la evaluación posterior. Aplicado al juicio rápido, la oferta verbal inicial formulada por el fiscal –aunque sea puramente orientativa y no vinculante– puede operar como un punto de referencia que condiciona la percepción del acusado sobre cuál es el marco punitivo «razonable» del caso. Incluso cuando la defensa advierte de la posibilidad de escenarios más favorables o de la falta de solidez de la prueba, el anclaje inicial tiende a mantenerse, lo que puede llevar al acusado a sobreva-

(26) García Arán, M., «Igualdad de armas y defensa efectiva en el proceso penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-07, 2018, pp. 1-23.

lorar la propuesta preliminar aun cuando no constituya objetivamente la opción óptima (27).

A este fenómeno se suma el impacto que produce el estrés temporal propio del juicio rápido. La urgencia en la toma de decisiones activa patrones decisionales orientados a reducir de inmediato la incertidumbre, incluso cuando ello supone sacrificar un análisis más reposado de las alternativas disponibles. Este comportamiento responde al conocido fenómeno del descuento temporal *(time discounting),* por el cual los beneficios presentes se valoran más que los futuros y los costes inmediatos se perciben como más gravosos que los diferidos. Trasladado al ámbito procesal, el acusado puede inclinarse por aceptar una conformidad no porque considere justa la pena o adecuada la valoración jurídica, sino porque le proporciona al instante la sensación de cerrar un escenario incierto y emocionalmente desgastante. Investigaciones recientes sobre decisiones de culpabilidad *(guilty pleas)* en contextos de presión muestran precisamente que la urgencia y la carga emocional reducen la capacidad de evaluar consecuencias futuras con precisión y favorecen elecciones que, vistas retrospectivamente, no se corresponden con una aplicación plena de la racionalidad (28).

La criminología añade a este análisis una dimensión complementaria al examinar cómo estos sesgos cognitivos se combinan con factores socioeconómicos, personales y contextuales presentes en el proceso penal. La evidencia criminológica muestra que los acusados en situaciones de especial vulnerabilidad –como quienes acaban de ser detenidos, carecen de apoyo social, presentan carencias culturales o se encuentran en un entorno marcado por altos niveles de incertidumbre– son más proclives a adoptar decisiones subóptimas (29).

---

(27) Helm, R. K. (2018). *«Cognitive theory and plea-bargaining. Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences»,* 5(2), 2018, pp. 195-201. https://doi.org/10.1177/2372732218786974 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

(28) Wilford, M. M., & Zottoli, T. M. «Urgent issues and prospects in guilty plea research and practice». *Legal and Criminological Psychology,* 30(2), 2025, pp. 193-211. https://doi.org/10.1111/lcrp.12306 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

(29) Chen señala que los acusados con bajos ingresos no pueden permitirse el tiempo y los recursos para montar una defensa adecuada, viéndose a menudo obligados a aceptar acuerdos de culpabilidad simplemente para evitar el riesgo de un juicio más largo y costoso. Además, enfatiza la vulnerabilidad por detención y separación familiar, lo que coerce a aceptar acuerdos incluso si son excesivos o inocentes, influido por sesgos raciales y socioeconómicos. Véase Chen, A. «The Unconstitutionality of Modern Plea Bargaining: Curbing Prosecutorial Vindictiveness». *Princeton Legal Journal, 2024.* Disponible en https://legaljournal.princeton.edu/the-unconstitutionality-of-modern-plea-bargaining-curbing-prosecutorial-vindictiveness/ (consultada el 6 de diciembre de 2025).

Estas personas experimentan de manera más intensa los efectos de la presión temporal y muestran mayor susceptibilidad a los atajos cognitivos que distorsionan la evaluación racional del riesgo.

Estas dinámicas psicológicas, aplicadas al contexto español, sugieren que la aceleración procedimental del juicio rápido no solo limita materialmente el tiempo de deliberación, sino que también amplifica ciertas vulnerabilidades cognitivas que afectan a la autonomía real del acusado. La decisión de conformarse puede así no depender únicamente de una valoración jurídica ponderada, sino también de cómo la estructura temporal del procedimiento interactúa con mecanismos mentales que funcionan de manera automática y que no son fácilmente controlables por la persona sometida al proceso.

4.2 **Diferencial de pena y debate sobre una posible «trial penalty»**

El mecanismo de la conformidad en el proceso penal español descansa, en su configuración normativa, sobre la existencia de un diferencial punitivo entre la pena que el Ministerio Fiscal y el órgano judicial consideran adecuada en caso de aceptación temprana de responsabilidad y la que correspondería si el procedimiento sigue su curso ordinario hasta la sentencia dictada tras juicio. La previsión legal de reducción –especialmente la que contempla el artículo 801 LECrim en el ámbito del juicio rápido– responde a parámetros de eficiencia procesal y racionalización del sistema, pero no puede entenderse únicamente como un incentivo pragmático: constituye, en realidad, uno de los elementos estructurales que guían la arquitectura de decisiones del acusado (30) y que condicionan, en gran medida, la dinámica relacional entre Ministerio Fiscal y defensa.

Desde una perspectiva estrictamente normativa, el diferencial de pena tiene carácter legítimo siempre que cumpla dos condiciones: en primer lugar, que derive de la aplicación razonada de la rebaja prevista en la ley para los supuestos de conformidad; y, en segundo lugar, que se preserve la voluntariedad real e informada del consentimiento prestado por el acusado. Solo cuando estos presupuestos se mantienen puede afirmarse que la diferencia punitiva forma parte de un modelo de justicia consensuada compatible con las garantías constitucionales del proceso penal. Sin embargo, diversas observaciones empíricas y la experiencia acumulada en juzgados de guardia muestran que este diferencial puede experimentar desviaciones prácticas que, sin constituir

(30) Varona, Kemp y Benítez, *op. cit.,* pp. 1-36.

una *trial penalty* en sentido técnico propio de los sistemas anglosajones, sí presentan afinidades funcionales con ella (31) y suscitan un legítimo debate doctrinal.

El punto de partida para este análisis es la constatación de que la mayor parte de las conformidades que se formalizan en el ámbito del juicio rápido se alcanzan sobre la base de ofertas verbales del Ministerio Fiscal formuladas durante la fase inicial del procedimiento. Estas ofertas suelen ser razonables dentro del margen de apreciación disponible y cumplen la función de ofrecer al acusado una alternativa jurídicamente fundamentada y comprensible a la celebración del juicio.

La advertencia ordinaria de que, si no se acepta la oferta preliminar, la acusación final será más elevada cumple una función informativa: la defensa sabe que, de no alcanzarse conformidad, el Ministerio Fiscal formulará un escrito de acusación ajustado a su valoración técnico-jurídica completa, sin las concesiones que podía incorporar la propuesta informal, y que, además, la pena solicitada ya no podrá beneficiarse de la reducción propia de la conformidad. La diferencia entre ambos escenarios se explica, por tanto, no solo por la pérdida del beneficio legal, sino también por el tránsito desde una calificación eventualmente más benigna, utilizada como base para explorar un acuerdo, a una calificación más gravosa que el fiscal considera técnicamente sostenible.

Ahora bien, junto a esta práctica generalizada, la realidad forense revela también otra dinámica que el reo y el abogado defensor perciben más negativamente, por cuanto se aproxima a una forma de coerción punitiva implícita. Tiene lugar cuando la supuesta «mejor oferta» presentada por el fiscal no es en esencia tentadora ni sugestiva, ya que su intención es *ab initio* obtener una respuesta penal sustancialmente elevada. En estos casos, la oferta informal opera como un mínimo concesional que encubre una posición de fondo inamovible: la búsqueda de una condena claramente gravosa.

Esta desviación no se manifiesta tanto en la advertencia –que sigue siendo la misma frase utilizada en los supuestos «ordinarios» («si no aceptas esto, pediré una pena más alta»)– como en la estructura real de la oferta. En el escenario legítimo, el fiscal realiza un ejercicio prudente de ponderación: estima la pena que correspondería en juicio atendiendo a las posibilidades de prueba, y en consecuencia lógica, formula una oferta reducida que incorpore los beneficios procesales

(31) Bibas, S. «Plea Bargaining outside the Shadow of Trial», *Harvard Law Review,* vol. 117, 2004, pp. 2463-2547, donde se analiza el concepto de *trial penalty* como rasgo estructural del sistema estadounidense.

de la conformidad, manteniendo un margen razonable de proporcionalidad. En cambio, en el escenario patológico, la pena considerada «adecuada» por el fiscal se encuentra desde el comienzo en un nivel alto, y la rebaja ofrecida resulta tan exigua que no constituye un incentivo genuino. En su correlativo, el peso de la decisión del acusado no descansa en la comparación racional entre alternativas reales, sino en el temor a un mal incluso mayor.

Es en este punto donde emerge la proximidad funcional con la *trial penalty.* En los sistemas con negociación penal formalizada, la *trial penalty* describe el incremento sustancial de pena que se impone al acusado por hacer uso del derecho a juicio, en comparación con la oferta de pena aceptada en un acuerdo previo. Aunque en España este fenómeno no existe jurídicamente –el ejercicio del derecho a juicio no puede conllevar sanción alguna–, la dinámica descrita reproduce en parte su efecto práctico: el acusado percibe que la decisión de no conformarse puede acarrear una pena desproporcionadamente superior, no porque así lo exijan los parámetros legales, sino porque la oferta inicial no representaba una auténtica reducción, sino un mecanismo para inducir la aceptación bajo presión. Esta percepción subjetiva, puede generar un entorno de decisión viciado (32), donde la voluntad del acusado se ve condicionada más por la amenaza implícita de una respuesta penal agravada que por una valoración libre, informada y ponderada de las alternativas disponibles.

El problema se agrava si se tiene en cuenta que estas interacciones previas entre fiscal y defensa no quedan documentadas, lo que impide tanto su control judicial previo como su reconstrucción posterior en caso de controversia. El órgano judicial que verifica la conformidad (33) solo accede al resultado final, pero desconoce si la oferta preliminar ofrecía realmente una ventaja sustantiva o si, por el contrario, constituía un mínimo cosmético destinado a asegurar la aceptación. Esta opacidad dificulta que el juez pueda valorar adecuadamente la voluntariedad y la calidad del consentimiento prestado, pues los elementos que estructuraron la decisión del acusado permanecen fuera de su alcance. En ausencia de trazabilidad, la diferencia entre un escenario legítimo y uno coercitivo puede diluirse, y el control judicial se ve privado de la información necesaria para identificar desviaciones relevantes.

---

(32) STC 76/1990.

(33) Tribunal Supremo, STS 1030/2006, de 27 de octubre, ECLI: ES: TS:2006:6579, donde se establece que el juez debe comprobar la adecuación jurídica de la pena pactada y la autenticidad de la conformidad.

Desde la perspectiva del principio de objetividad (34), estas prácticas plantean un desafío significativo. El Ministerio Fiscal no solo debe formular sus pretensiones con arreglo a criterios técnico-jurídicos (35), sino también evitar que su actuación pueda ser percibida como un instrumento de presión estratégica orientado a obtener resultados punitivos preconcebidos. Cuando la oferta preliminar es razonable, la objetividad permanece intacta: el fiscal pondera la reducción aplicable por conformidad y ofrece un acuerdo proporcionado. Pero cuando la oferta carece de valor material y se formula acompañada de la advertencia de una acusación mucho mayor –que ya constituye la intención real del fiscal–, se produce un desplazamiento funcional que desnaturaliza el modelo consensual: el fiscal pasa a ocupar, en la práctica, un rol híbrido que combina funciones de parte acusadora con las de una autoridad que condiciona el margen decisorio del acusado mediante la amenaza de un desenlace punitivo especialmente severo.

Este tipo de dinámicas obliga a replantear los límites estructurales del diferencial de pena. La reducción prevista por la ley no puede convertirse en el pretexto para generar una brecha punitiva tan grande que la conformidad deje de ser una elección libre para convertirse en una imposición indirecta. La lógica de la conformidad exige que exista una proporción razonable entre la pena ofrecida y la pena prevista para juicio (36), de forma que la reducción funcione como un incentivo legítimo, no como un instrumento de coerción. Cuando la diferencia entre ambas penas se amplía artificialmente, o cuando la oferta inicial es tan poco ventajosa que deja al acusado sin alternativas reales, el sistema se desplaza hacia una forma encubierta de *trial penalty* incompatible con el derecho a un juicio justo.

En definitiva, el análisis del diferencial de pena obliga a reconocer que no solo la cuantía de la reducción, sino también la estructura objetiva de la oferta y la intención funcional del Ministerio Fiscal determinan la legitimidad del acuerdo. La conformidad es un mecanismo valioso y necesario en el procedimiento penal contemporáneo, pero su correcto funcionamiento requiere que la alternativa ofrecida al acusado sea auténtica, proporcional y jurídicamente consistente. Allí donde la oferta pierde estas características, el diferencial deja de ser un incentivo legítimo y se convierte en una presión estructural que compromete la integridad de la institución.

---

(34) De la Mata Barranco, N. J., «La objetividad del Ministerio Fiscal y sus límites en el proceso penal». *Revista General de Derecho Procesal,* núm. 23, 2010, pp. 1-27.

(35) *Ibidem.*

(36) Tomás-Valiente Lanuza, C. *op. cit.,* 1-28.

4.3 **La incertidumbre estructural del juicio oral como fundamento racional de la conformidad**

El juicio oral constituye el espacio central en el que se desarrolla la actividad probatoria (37) y, por tanto, el escenario decisivo para determinar los hechos que servirán de base al pronunciamiento condenatorio o absolutorio. Es en este ámbito donde se verifican los elementos del tipo penal, el grado de participación del acusado, la eventual concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad y, en último término, la concreción de la pena dentro de los márgenes previstos en la ley. Esta configuración del juicio oral como etapa decisiva introduce un elemento estructural de incertidumbre que explica, en buena medida, la racionalidad de la conformidad como mecanismo de terminación temprana del procedimiento.

En primer lugar, la formación judicial de los hechos depende del resultado de la prueba practicada en el juicio, que no siempre coincide con las previsiones anticipadas por las partes durante la fase previa. Las declaraciones de los testigos, la consistencia de los informes periciales, la valoración de las imágenes o documentos incorporados al procedimiento y la solidez de las inferencias que el órgano judicial pueda realizar a partir de ellos son factores que no pueden ser controlados por el acusado con antelación absoluta. Incluso cuando la defensa tiene una expectativa fundada sobre la evolución del juicio, la inmediación y la oralidad implican que pequeñas variaciones en la credibilidad de los declarantes o en la coherencia de la prueba pueden alterar significativamente el panorama fáctico. Además, la práctica judicial demuestra que no siempre es posible anticipar la manera en que el juez interpretará ciertos pasajes de la prueba o el peso que otorgará a declaraciones contradictorias. La incertidumbre resultante no es un defecto del sistema, sino una consecuencia natural del modelo de valoración probatoria basado en la sana crítica (38).

A esta incertidumbre epistémica se suma otra, de carácter propiamente jurídico, derivada de la estructura del Código Penal. Los delitos presentan márgenes penológicos amplios y, dentro de ellos, las partes pueden moverse con relativa libertad técnica al proponer su calificación. Esto implica que, aun en los casos en que los hechos relevantes parecen relativamente claros, la determinación de la pena aplicable

(37) Vicente Gimeno Sendra subraya el carácter central del juicio oral como fase de práctica y valoración de la prueba en el proceso penal, en la que se concentra la actividad probatoria relevante para la decisión. Véase Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, 7.ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 457-482.

(38) *Ibidem.*

sigue abarcando un espacio de discrecionalidad considerable (39). Basta pensar en supuestos en los que concurren varias atenuantes o agravantes susceptibles de ser consideradas simples, cualificadas o muy cualificadas, o en los que la participación del acusado sitúa la pena dentro de un marco graduado que permite una oscilación significativa. El abanico apriorístico que se abre en estos casos desborda la mera horquilla legal del tipo penal (40). De hecho, el resultado final puede extenderse, en la práctica, a varios tipos próximos cuando la prueba permita –o impida– acreditar elementos diferenciadores como el ánimo específico, la intensidad del dolo, el empleo de instrumentos concretos o el grado de ejecución alcanzado.

Esta amplitud se traduce en un riesgo inherente para el acusado: no solo ignora con certeza qué hechos quedarán acreditados, sino también qué calificación jurídica dará el fiscal en conclusiones definitivas y, especialmente, qué decisión adoptará el órgano judicial. Incluso en escenarios aparentemente estables, el resultado judicial puede variar en función de la forma en que se articule el interrogatorio, de la credibilidad otorgada a un testigo clave o de la interpretación que el juez haga de determinados indicios. La experiencia cotidiana de los tribunales muestra que pequeñas diferencias en la actuación de las partes o en la consistencia del relato pueden proyectarse de forma decisiva sobre el fallo. Esta inseguridad, por lo demás inevitable en un sistema basado en la oralidad, constituye una de las razones que explican la disposición de muchos acusados a optar por la conformidad cuando se les ofrece una alternativa relativamente segura frente a la incertidumbre del juicio.

La racionalidad de la conformidad, por tanto, no se explica únicamente por la existencia del diferencial de pena, sino también por la combinación de incertidumbre fáctica y jurídico-valorativa que caracteriza el juicio oral (41). La primera deriva de la imposibilidad de anti-

(39) Sobre la estructura de las horquillas penológicas, el juego de las circunstancias atenuantes y agravantes y su incidencia en la individualización de la pena, véanse Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2006, pp. 369-445.

(40) La doctrina sobre la individualización judicial de la pena ha destacado que, más allá del marco abstracto fijado por el tipo, la combinación de factores legales y valorativos abre un espectro muy amplio de resultados posibles. Véase Crespo, E. D., «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el Código Penal de 1995». *La Ley Penal*, núm. 28, 1999, pp. 15-34; y, en la misma línea, Quintero Olivares, G., «Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1999, pp. 87-104.

(41) La doctrina penal y procesal ha subrayado que la aceptación de responsabilidad en sede de conformidad se explica no solo por el ahorro punitivo, sino por la incertidumbre inherente al juicio en cuanto a acreditación de hechos y concreción de

cipar de forma absoluta el comportamiento y la fiabilidad de la prueba; la segunda, de la amplitud de los márgenes de individualización judicial de la pena y del juego de circunstancias modificativas. Ambas se proyectan sobre la decisión del acusado, que debe ponderar el riesgo de un resultado más gravoso que el que se le ofrece en un estadio temprano del procedimiento.

Este marco adquiere especial relevancia en los juicios rápidos, donde la celeridad procedimental comprime el tiempo disponible para que la defensa realice pronósticos precisos sobre el comportamiento de la prueba y la posible valoración judicial. En situaciones de flagrancia o con elementos incriminatorios aparentemente contundentes, el acusado puede percibir el juicio como un escenario de riesgo elevado, tanto por las dificultades de construcción de una versión alternativa cuanto por la posibilidad de que los elementos probatorios que parecen incriminatorios mantengan su eficacia en el acto oral. A ello se suma la ya comentada amplitud del marco penológico que, incluso en delitos que a primera vista parecen sencillos, permite oscilaciones notables en la pena final.

La defensa desempeña en este contexto un papel determinante. Su tarea no es solo jurídica, sino también estratégica (42): debe anticipar la evolución del juicio y estimar el impacto probable de la prueba, evaluar la fortaleza de la acusación, ponderar el margen de discrecionalidad judicial y, finalmente, traducir al acusado el conjunto de riesgos y beneficios asociados a cada alternativa procesal. Todo ello en un lapso temporal estrecho que incrementa la dificultad de realizar pronósticos precisos. El asesoramiento que la defensa proporciona se convierte así en un elemento esencial para asegurar la voluntariedad del consentimiento, pero también en un factor que revela la razón por la que la conformidad puede resultar racional incluso para quien mantiene dudas sobre la solidez de la acusación: la incertidumbre del juicio puede ser, por sí sola, un incentivo más fuerte que el diferencial de pena.

El marco descrito también explica por qué la conformidad puede resultar atractiva incluso cuando la oferta del fiscal no parece inicialmente óptima. La alternativa no es únicamente la pena que el fiscal solicitará tras juicio, sino la posibilidad de que el juez, valorando la prueba conforme a criterios de inmediación, pueda llegar a conclusiones más gravosas que las anticipadas. La existencia de incertidumbre judicial abre un abanico de resultados que no puede ser ignorado en la toma de

---

la pena. Esta idea se conecta con los análisis sobre justicia penal consensuada y política criminal de eficiencia. Véanse Lascuraín Sánchez, J. A., *Justicia penal consensuada*, cit., pp. 45-78; y Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 455-470.

(42) Gimeno Sendra, *op. cit.,* pp. 412-528.

decisiones del acusado. Por ello, el acuerdo puede ser racional incluso en escenarios donde el margen de reducción de pena no es elevado: la conformidad ofrece una certeza que el juicio no puede proporcionar.

Por último, esta perspectiva permite comprender mejor la dinámica descrita en el epígrafe siguiente, relativa a la interacción informal entre fiscal y defensa y al papel que desempeña la oferta verbal preliminar (43). Esta oferta se formula siempre bajo la sombra de la incertidumbre inherente al juicio oral, que condiciona las expectativas de las partes y, en particular, la valoración del acusado. Solo entendiendo la amplitud del abanico de resultados posibles en juicio puede comprenderse plenamente la aceptación de acuerdos que, desde una lectura estrictamente aritmética, podrían parecer poco ventajosos. La conformidad se asienta así, no solo en el ahorro procesal y en el diferencial de pena, sino en la racionalidad que deriva de evitar un escenario cuyo resultado permanece abierto hasta el momento final del proceso.

Estas tensiones no se agotan en el análisis teórico, sino que se enriquecen con las aportaciones doctrinales y empíricas disponibles, que se examinan a continuación para contextualizar mejor los desafíos identificados.

V. APORTACIONES DOCTRINALES Y EMPÍRICAS RELEVANTES

La interpretación rigurosa de las dinámicas que concurren en el juicio rápido en torno a la conformidad exige acudir no solo a los textos normativos y a la observación directa de la práctica forense, sino también al conjunto de aportaciones doctrinales y empíricas que, desde distintas perspectivas, han tratado de desvelar los fundamentos y riesgos de los mecanismos de justicia penal consensuada. Aunque la literatura no siempre se ha ocupado expresamente del fenómeno específico de las ofertas verbales del Ministerio Fiscal seguidas de acusaciones formalmente más elevadas cuando la conformidad no se alcanza, sí proporciona marcos conceptuales sólidos para comprender su emergencia, su funcionalidad y sus implicaciones garantistas.

Las reflexiones doctrinales que se han dedicado a la conformidad en el proceso penal coinciden, en líneas generales, en señalar que esta

(43) Sobre la inserción de la conformidad y de las prácticas pre-negociales en el marco de una justicia penal de corte consensual, véase Lascuraín Sánchez, J. A., *Justicia penal consensuada*, cit., pp. 62-78; y Ragués i Vallès, R., «Conformidad y justicia penal negociada». *InDret*, núm. 2, 2007, pp. 12.18.

figura opera como un punto de fricción entre los principios tradicionales del proceso y las necesidades actuales de eficiencia (44). El diseño del juicio rápido refuerza esta tensión, pues concentra en un lapso extremadamente breve la decisión de admitir los hechos, aceptar una pena y renunciar al juicio oral. En este contexto, la reducción del tercio prevista legalmente constituye un incentivo de especial intensidad que, aun siendo legítimo, incide de forma directa en la arquitectura de decisiones del acusado (45). La doctrina ha subrayado que estos incentivos, lejos de ser un elemento accesorio, forman parte del núcleo estructurante de la conformidad y condicionan tanto la dinámica de las partes como la función del órgano judicial (46).

En particular, se ha destacado que la conformidad participa de una lógica consensual que, sin llegar a configurar un sistema de negociación penal en sentido estricto (47), se desarrolla en un espacio práctico donde las partes exploran soluciones tempranas que evitan la celebración del juicio. Aunque la regulación legal no establece una fase negocial, la realidad forense muestra que esta fase existe de facto, situada entre la puesta a disposición judicial y el acto en que el acusado debe decidir si acepta o no la conformidad. La doctrina ha descrito este ámbito como un «espacio intermedio (48)» caracterizado por la flexibilidad y la ausencia de formalidades, en el que confluyen las exigen-

(44) La conformidad ha sido concebida doctrinalmente como un mecanismo que articula, con tensión estructural, la exigencia de legalidad del proceso penal y la búsqueda de soluciones eficientes en contextos de elevada carga de trabajo. Véanse Lascuraín Sánchez, J. A. *op. cit.*, pp. 45-78; y De Diego Díez, L., *La justicia penal consensuada: límites y posibilidades.* Estudios sobre la conformidad penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 19-54.

(45) Sobre el papel de los incentivos punitivos como mecanismo estructural de racionalización en sistemas de justicia penal consensuada y su efecto directo en la decisión del imputado, véase Fabra, A., «El papel de los incentivos en los sistemas de justicia penal negociada». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2017, pp. 233-260.

(46) Lascuraín Sánchez, *op. cit.*, pp. 45-78.

(47) La existencia de dinámicas consensuales informales en la conformidad penal española ha sido descrita como una consecuencia del diseño procesal y no de una regulación expresa, destacando la aparición de un espacio previo a la decisión caracterizado por intercambios no documentados y orientados a la resolución temprana. Véase Ragués i Vallès, R., *op. cit.,* pp. 1-36.

(48) Diversos análisis doctrinales han descrito la conformidad en procedimientos acelerados como un espacio práctico no previsto expresamente por la ley, en el que la actuación de las partes se adapta a la presión temporal y a los incentivos normativos, configurando un ámbito funcional previo al acuerdo formal. Véanse Lascuraín Sánchez, *op. cit.*, pp. 45-78; y Oliver Calderón, G. R. «La conformidad en el proceso penal español: análisis y juicio crítico», *Derecho PUC*P, núm. 90, 2023, pp. 391-413.

cias de celeridad, los incentivos legales y las necesidades funcionales de los operadores (49).

Esta configuración explica la aparición y consolidación de las ofertas verbales del Ministerio Fiscal. Se trata de una manifestación práctica de ese espacio informal, pues permiten anticipar de forma orientativa cuál sería el marco punitivo en caso de conformidad. La utilidad operativa de estas manifestaciones es evidente: proporcionan a la defensa un punto de referencia inmediato sobre el que construir su recomendación al acusado y agilizan el análisis de viabilidad del acuerdo. Sin embargo, esta misma funcionalidad introduce elementos que requieren atención. La doctrina ha advertido que, cuando la oferta verbal difiere de manera significativa de la acusación formal posteriormente presentada, puede surgir una tensión entre la transparencia del proceso y la voluntariedad del consentimiento del acusado, particularmente cuando este debe decidir en un entorno de presión temporal (50).

El carácter no documentado de estas ofertas contribuye a esta tensión. Al no quedar constancia en el expediente, la fase previa en que se desarrolla la negociación informal permanece ajena al control judicial, que solo interviene en el momento final para verificar la validez del acuerdo. Esta limitación no deriva de una insuficiencia de la función judicial, sino de una configuración normativa que presupone que el proceso decisorio del acusado es accesible a dicha verificación. Sin embargo, cuando parte de este proceso se desenvuelve en un ámbito no formalizado, la capacidad del juez para apreciar todos los elementos que han influido en la conformidad se ve reducida (51). La doctrina ha enfatizado la importancia de reforzar la claridad y la trazabilidad de los factores relevantes en la decisión del acusado, precisamente para garantizar que la intervención judicial final pueda cumplir adecuadamente su función constitucional (52).

A este análisis teórico se suma el creciente cuerpo de estudios empíricos que ha examinado el impacto real de la conformidad en la penalidad y los factores que influyen en la decisión de aceptarla. Estos trabajos han constatado que la diferencia punitiva entre la conformi-

(49) De Diego Díez, L., *op. cit.*, pp. 19-54.

(50) Sobre la influencia de la celeridad procedimental en la formación del consentimiento y los riesgos de decisiones aceleradas en el proceso penal, véase Sáez de Parra, M., «Celeridad, eficiencia y garantías en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021.

(51) Sobre los límites del control judicial cuando parte del proceso decisorio del acusado se desarrolla en fases no documentadas o informales del procedimiento, véase Gimeno Sendra, Vicente, *La conformidad en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 92-118.

(52) Tomás-Valiente Lanuza, C. *op. cit.*, pp. 1-28.

dad y la sentencia dictada tras juicio es, en promedio, significativa y superior a la reducción estrictamente derivada del artículo 801, lo que indica que el mecanismo opera no solo como un incentivo, sino como un factor determinante en la racionalidad del acusado (53). La evidencia empírica muestra también que la probabilidad de conformarse aumenta en contextos de detención previa, en casos de aparente claridad probatoria y en procedimientos especialmente acelerados, es decir, en aquellos en que el juicio rápido despliega todas sus características estructurales (54).

Aunque los estudios disponibles no abordan de forma directa la incidencia específica de las ofertas verbales del fiscal, los resultados permiten inferir que dichas ofertas se insertan en un campo decisorio fuertemente condicionado por incentivos y presiones temporales. En un entorno en el que la diferencia de resultado entre conformidad y juicio se percibe como elevada, la propuesta verbal del fiscal adquiere una fuerza comunicativa relevante, pues presenta de modo inmediato y comprensible la alternativa que permite al acusado minimizar riesgos. Esto no implica que el consentimiento esté viciado, pero sí obliga a reconocer que la estructura del procedimiento confiere a esta fase informal un peso decisivo en la configuración de la voluntad.

Asimismo, la literatura empírica ha puesto de relieve la función crucial de la defensa en este marco. El abogado debe asesorar al cliente en un plazo breve, anticipar la posible acusación formal, valorar la consistencia de la prueba y ponderar los efectos del diferencial punitivo. Estas exigencias se intensifican cuando la oferta verbal del fiscal presenta un escenario favorable que puede desaparecer si no se alcanza la conformidad. El acusado, por su parte, depende en gran medida de la traducción que la defensa haga de esa oferta y de la estimación que esta formule respecto del desenlace probable del juicio. El proceso decisorio se convierte así en un ejercicio de ponderación rápida, influido por incentivos legales, valoraciones anticipadas y condiciones estructurales del procedimiento.

Otro conjunto de aportaciones doctrinales ha examinado las implicaciones garantistas de este modelo. Se ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar que el acusado adopte su decisión de forma libre, informada y no condicionada por factores que puedan distorsionar su autonomía. La renuncia al juicio y la admisión de los hechos comportan un sacrificio relevante de derechos procesales, lo que exige que las circunstancias que rodean la conformidad presenten un están-

(53) Varona, Kemp y Benítez, *op. cit.*, pp. 1-36.

(54) Varona Gómez, D.; Kemp, S.; Benítez Manrique, O., «*La conformidad en España…*», cit., pp. 307-332.

dar de claridad suficiente. La doctrina ha advertido que esta exigencia se vuelve más estricta en procedimientos de tramitación acelerada, donde la premura inherente al modelo puede generar un entorno de presión indirecta que dificulte la deliberación adecuada (55).

En este marco, la práctica de la oferta verbal se presenta como un elemento ambivalente. Por un lado, facilita la comprensión por parte del acusado de las alternativas disponibles, reduciendo la incertidumbre propia de decisiones complejas. Por otro, puede incorporar un sesgo de expectativas difícil de corregir posteriormente: si la acusación formal resulta finalmente más elevada que la oferta, el acusado puede interpretar que la diferencia constituye una penalización por haber ejercido su derecho a no conformarse. Aunque esta interpretación no se ajusta a los fundamentos normativos del sistema español, donde el fiscal formula su acusación en función de la valoración jurídica del caso y no en función de un cálculo sancionador por la ausencia de acuerdo, la percepción subjetiva del acusado sigue siendo un elemento relevante para el análisis garantista.

Este fenómeno guarda cierta afinidad funcional –que no jurídica– con debates existentes en otros sistemas de justicia penal sobre la llamada «pena de juicio (56)». En los sistemas anglosajones se ha investigado ampliamente cómo la diferencia entre la pena ofrecida en negociación y la pena impuesta tras juicio puede operar como un factor disuasorio del ejercicio del derecho a ser juzgado. Aunque la estructura institucional española y el papel del Ministerio Fiscal difieren radicalmente de ese modelo, las reflexiones comparadas permiten identificar riesgos comunes asociados a la existencia de incentivos punitivos y decisiones aceleradas. Ello no implica que nuestro sistema reproduzca dichos problemas, sino que invita a considerar cómo los incentivos pueden interactuar con las prácticas informales del juicio rápido.

Por su parte, el Ministerio Fiscal desempeña en este ámbito una función compleja. Aunque su deber de objetividad rige de manera plena durante todas las fases del procedimiento, la dinámica práctica le exige valorar, de forma inmediata, la viabilidad de una conformidad y la conveniencia de anticipar la pena que consideraría adecuada en ese escenario. Esta tensión entre objetividad y funcionalidad no se resuelve mediante la prohibición de cualquier manifestación previa a la acusación formal, sino mediante la necesidad de actuar con criterios

(55) *Ibidem.*

(56) Para un análisis comprensivo de los efectos disuasorios asociados a la diferencia entre la pena ofrecida en negociación y la pena impuesta tras juicio en sistemas de *plea bargaining*, véase MAUZERALL, J., «Trial Penalty and Plea Bargaining Dynamic», *Yale Law Journal*, vol. 129, 2020, pp. 1120-1154.

de proporcionalidad y coherencia. La doctrina ha sugerido que la legitimidad de esta práctica depende de que la propuesta verbal se sitúe dentro de los márgenes razonables del marco jurídico y no constituya una anticipación artificialmente reducida respecto de la valoración material del caso (57).

La literatura especializada también ha analizado cómo la conformidad transforma el papel del órgano judicial. La verificación de la voluntariedad, que constituye el núcleo de su intervención, se basa en la conversación directa con el acusado y en la valoración de la pena acordada. Sin embargo, cuando parte del proceso previo escapa a su conocimiento, su capacidad de control queda limitada a la observación de un resultado ya cerrado. El juez no puede valorar hasta qué punto la oferta verbal influyó en el consentimiento, ni si la eventual diferencia con la acusación formal habría podido afectar a su decisión. Esta laguna estructural no genera necesariamente una vulneración de garantías, pero sí evidencia un déficit de transparencia respecto de los elementos que integran la voluntad del acusado.

Finalmente, la doctrina comparada ofrece perspectivas útiles para entender la funcionalidad y los riesgos del sistema español. Algunos ordenamientos europeos contemplan mecanismos de justicia consensuada dotados de mayor formalización, lo que permite documentar las ofertas iniciales y someterlas a control judicial previo. Aunque estas soluciones no son directamente trasladables a nuestro ordenamiento, sí ilustran cómo otros sistemas han tratado de equilibrar eficiencia y garantías mediante la introducción de etapas adicionales de verificación. La comparación pone de relieve que la informalidad del juicio rápido español constituye una singularidad que facilita la celeridad, pero que también exige una atención especial para evitar que las prácticas previamente asentadas distorsionen la autonomía efectiva del acusado (58).

En conjunto, las aportaciones doctrinales y empíricas muestran que la dinámica verbal–formal que caracteriza a la conformidad en el juicio rápido es coherente con la lógica funcional del procedimiento, pero no está exenta de riesgos. El incentivo legal explícito, la presión temporal, la ausencia de documentación de las interacciones previas y la interacción entre fiscal y defensa en un entorno de urgencia contribuyen a configurar un espacio decisorio que demanda transparencia reforzada y cautela institucional. El fenómeno no puede entenderse

(57) Bibas, S. *Plea Bargaining's Role…*, cit., pp. 15-38.

(58) Para un examen comparado de los riesgos de opacidad y déficit de control en procedimientos penales acelerados, véase Cluo, C. «Judicial Oversight in Accelerated Criminal Proceedings», *European Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 41-67.

como un mero accesorio del juicio rápido, sino como un componente estructural que influye directamente en la decisión del acusado y que, por ello, requiere una reflexión doctrinal continuada y un seguimiento empírico que permita evaluar su impacto real.

VI. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

La presencia de dinámicas negociadoras informales (59) en el juicio rápido no constituye, por sí misma, un elemento distorsionador del modelo procesal. Es, más bien, una manifestación de la adaptación pragmática de los operadores jurídicos a un procedimiento que exige decisiones rápidas y una utilización eficiente de los recursos. Sin embargo, como se ha expuesto, estas prácticas generan determinadas tensiones que aconsejan reflexionar sobre la conveniencia de introducir ajustes que permitan reforzar la transparencia (60) del proceso y la calidad del consentimiento del acusado sin desnaturalizar la celeridad que caracteriza al juicio rápido. Las propuestas que se ofrecen a continuación no pretenden modificar de manera sustancial el diseño legal vigente, sino aportar criterios razonables que podrían contribuir a un funcionamiento más equilibrado y seguro.

Una primera línea de mejora podría orientarse a establecer una mínima constancia (61) de las propuestas comunicadas durante la fase previa a la conformidad. No se trataría de formalizar un procedimiento de negociación ni de registrar el contenido completo de las conversaciones, sino de incorporar al expediente una simple referencia a la existencia de una oferta inicial y, en su caso, a su rechazo. Esta anotación, que podría tener un carácter muy sucinto, permitiría al órgano judicial conocer el contexto en el que se adopta la decisión de conformarse o no, sin imponer cargas adicionales relevantes a los operadores ni comprometer la flexibilidad que caracteriza a esta fase del procedimiento. Asimismo, contribuiría a reforzar la transparencia y a reducir la distancia entre regulación formal y práctica cotidiana.

En la misma línea, cabría considerar la elaboración de pautas internas (62) orientativas por parte del Ministerio Fiscal, destinadas a propor-

(59) Tomás-Valiente Lanuza, C. *op. cit.,* pp. 1-28.
(60) Oliver Calderón, G. R. *op. cit.,* pp. 391-413.
(61) Lascuraín Sánchez, *op. cit.,* pp. 221-244.
(62) Fiscalía General del Estado, Circular 1/2015**,** sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal en los procedimientos abreviados y rápidos, Madrid, 2015.

cionar criterios sobre la formulación y uso de propuestas iniciales en el juicio rápido. Dichas pautas –que no tendrían carácter vinculante ni afectarían a la autonomía decisoria del fiscal en cada caso– podrían recoger orientaciones generales acerca de la proporcionalidad de las ofertas verbales, la coherencia entre estas y la acusación formal y la necesidad de actuar con especial cautela en supuestos que afecten a personas especialmente vulnerables. El objetivo no sería homogeneizar la práctica, sino dotarla de mayor previsibilidad y coherencia institucional.

Por su parte, el órgano judicial podría explorar fórmulas que permitan reforzar el control (63) sobre la voluntariedad y la adecuación del acuerdo, sin desbordar el marco legal. La verificación judicial ya prevista por la ley constituye una garantía esencial, pero podría ahondar en la comprobación acerca de si el acusado ha recibido una explicación clara de las consecuencias de aceptar o rechazar la conformidad y si ha dispuesto de un tiempo razonable para consultarlo con su defensa. Este refuerzo no implicaría un aumento significativo de la carga procesal y contribuiría a asegurar que el consentimiento prestado es el resultado de un proceso reflexivo suficiente, aunque necesariamente breve dada la naturaleza del procedimiento.

Otra posible línea de actuación consistiría en promover la difusión de buenas prácticas profesionales en el ámbito de la defensa. La intervención del abogado resulta determinante para que el acusado pueda comprender adecuadamente las opciones disponibles y sus implicaciones penales (64). La elaboración de guías orientativas por parte de colegios profesionales o instituciones académicas, centradas en cómo gestionar las decisiones urgentes propias del juicio rápido y cómo asesorar al cliente sobre propuestas verbales no documentadas, podría fortalecer la calidad de la representación letrada sin imponer obligaciones adicionales a los operadores.

Finalmente, no debería descartarse la posibilidad de introducir reformas normativas puntuales (65), de carácter técnico, que clarifiquen algunos aspectos ya presentes en el funcionamiento del juicio rápido. Por ejemplo, una referencia expresa a la necesidad de documentar de modo mínimo la existencia de ofertas de conformidad o a la obligación del fiscal de explicitar en la vista las razones que justifican la acusación formulada, especialmente cuando esta difiere de forma apreciable de

(63) Tribunal Supremo, STS 1030/2006**,** de 27 de octubre, ECLI: ES: TS:2006:6579, donde se establece el deber judicial de verificar voluntariedad, exactitud y legalidad del acuerdo de conformidad.

(64) García Arán, M., «Igualdad de armas y defensa efectiva en el proceso penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-07, 2018, pp. 1-23.

(65) De la Mata Barranco, *op. cit.,* pp. 1-25.

una propuesta inicial. Cualquier reforma en este sentido debería ser prudente y compatible con la esencia del procedimiento, evitando reproducir modelos ajenos al sistema español o añadir etapas que pudieran ralentizar de manera significativa su tramitación.

Todas estas propuestas comparten un objetivo común: reforzar la confianza de los operadores y de los ciudadanos en la justicia penal de urgencia, garantizando que las decisiones relevantes que se adoptan en el juicio rápido –y en particular la conformidad– se toman sobre bases transparentes y con el mayor grado posible de información y reflexión. Se trata, en definitiva, de fortalecer el equilibrio entre eficiencia y garantías desde una perspectiva realista y respetuosa con la práctica consolidada, contribuyendo a un modelo procesal que mantenga su utilidad operativa sin comprometer la protección de los derechos fundamentales.

VII. REFLEXIONES FINALES

El análisis desarrollado a lo largo de este trabajo pone de manifiesto que el juicio rápido, en su configuración actual, ha generado un espacio procesal especialmente propicio para la aparición de dinámicas negociadoras informales en torno a la conformidad. Estas prácticas, aún no previstas expresamente por la ley, se han integrado de manera natural en el funcionamiento cotidiano de los operadores jurídicos, hasta constituir un elemento reconocible del procedimiento (66). Su consolidación no responde a una decisión normativa ni a una voluntad explícita de alterar los equilibrios procesales, sino a la adaptación paulatina del sistema a los ritmos y exigencias que impone la celeridad propia del modelo, y a la necesidad de ofrecer respuestas rápidas en un contexto marcado por la sobrecarga estructural de los órganos de guardia.

Ello no implica que estas prácticas deban contemplarse con recelo. Por el contrario, la dinámica descrita ha contribuido de manera evidente a agilizar la respuesta penal y a proporcionar al acusado un horizonte claro de resolución temprana, compatible con las finalidades de economía procesal y racionalización que inspiran el modelo. No obstante, precisamente por su grado de normalización y funcionalidad, resulta necesario reflexionar sobre los efectos que tales dinámicas pueden producir en la voluntariedad del consentimiento, en la percepción de equilibrio entre las partes y en el alcance real del control judicial (67). La experiencia acumulada muestra que la conformidad en el

(66) Tomás-Valiente Lanuza, C., *op. cit.,* pp. 1-28.
(67) Ruiz-Risueño, J. *op. cit.,* pp. 49-63.

juicio rápido no es solo un instrumento procesal, sino también un espacio de interacción institucional cuya calidad depende de la transparencia, la equidad y la capacidad de control.

Las tensiones garantistas identificadas a lo largo de este estudio no revelan fallos sistémicos ni irregularidades generalizadas. Sin embargo, sí ponen de relieve la conveniencia de examinar con detenimiento cómo se articula, en la práctica, la relación entre eficacia procesal y respeto a los derechos del acusado, particularmente cuando este renuncia al ejercicio pleno de sus garantías procesales. El artículo 24 CE no exige únicamente la existencia formal de tales derechos, sino también que su eventual renuncia sea libre, consciente y plenamente informada. Ello implica que el consentimiento que sustenta la conformidad debe formarse sin presiones indebidas y con comprensión real de las alternativas. La jurisprudencia constitucional, y de manera especial la STC 76/1990, ha insistido en que la conformidad constituye un acto procesal de notable trascendencia, que solo puede ser válido si se presta con plena voluntariedad y bajo la supervisión activa del órgano judicial. La ausencia de documentación de las propuestas iniciales, la divergencia entre la oferta verbal y la acusación formal o la imposibilidad del juez de reconstruir el proceso decisorio del acusado son factores que pueden dificultar esa comprobación, aun sin llegar a comprometerla necesariamente.

Las aportaciones doctrinales y empíricas examinadas muestran que el fenómeno es complejo y no admite soluciones uniformes (68). La rapidez con la que deben tomarse decisiones, la exigencia de realizar pronósticos sobre el resultado de un eventual juicio y el amplio margen penológico disponible sitúan al acusado en un escenario de incertidumbre estructural (69) que explica, en parte, la racionalidad de la conformidad. Pero es precisamente esa incertidumbre la que exige una especial atención a las condiciones en las que se adopta la decisión. En un entorno donde el acusado percibe riesgos apreciables, la existencia de ofertas no documentadas o el eventual agravamiento posterior de la acusación pueden influir de manera significativa en su disposición a conformarse. Ello no supone cuestionar la legitimidad del Ministerio Fiscal ni de su actuación, pero sí obliga a analizar cómo esas prácticas interactúan con los principios constitucionales que informan el proceso penal.

Las reflexiones formuladas en este trabajo apuntan hacia la necesidad de un equilibrio más visible entre transparencia, control institucional y flexibilidad práctica. Algunas de las propuestas sugeridas –como una mínima constancia de la existencia de ofertas o la adop-

(68) Lascuraín Sánchez y Gascón, *op. cit.,* pp. 1-44.
(69) Varona, Kemp y Benítez, *op. cit.,* pp. 1-36.

ción de pautas orientativas internas que refuercen la coherencia de las prácticas negociadoras– podrían contribuir a una mayor claridad del proceso decisorio sin alterar su estructura ni convertirlo en un modelo de negociación formalizada. Del mismo modo, un refuerzo moderado del control judicial, centrado no en la valoración del contenido del acuerdo, sino en la verificación efectiva de la voluntariedad, permitiría reforzar la función garantista del juez sin interferir en la autonomía de las partes ni en la celeridad que caracteriza al procedimiento.

Otras medidas, de carácter más evolutivo, podrían consistir en la elaboración de buenas prácticas profesionales, en la revisión periódica de las dinámicas consolidadas (70) o en la introducción de espacios formativos específicos para operadores jurídicos, orientados a la detección y prevención de situaciones en las que el acusado pueda percibir presiones que excedan lo razonable. Estas propuestas no pretenden corregir un modelo que, en líneas generales, funciona adecuadamente, sino asegurar que su funcionamiento cotidiano se desarrolla en condiciones compatibles con la autonomía del acusado y con la legitimidad institucional del procedimiento.

El propósito de estas reflexiones finales no es cuestionar el modelo vigente ni poner en duda la actuación de los profesionales que lo aplican diariamente, sino ofrecer una mirada analítica que permita comprender mejor cómo se toman decisiones relevantes en un entorno de alta presión temporal y cómo pueden convivir, sin fricción excesiva, la eficiencia y las garantías. El juicio rápido ha demostrado ser una herramienta eficaz para la administración de justicia penal, y la conformidad seguirá ocupando, previsiblemente, un papel central en su dinámica. Precisamente por ello resulta fundamental asegurar que su utilización se ajusta plenamente a las exigencias constitucionales que rigen el proceso penal y que la búsqueda de eficiencia nunca se produce a costa del debilitamiento silencioso de las garantías.

La experiencia comparada permite situar en un contexto más amplio algunas de las tensiones detectadas. Diversos ordenamientos europeos han desarrollado mecanismos de justicia penal consensuada que, sin constituir sistemas de negociación plena, sí incorporan niveles de formalización y trazabilidad superiores a los existentes en el modelo español. En Italia, el patteggiamento previsto en el artículo 444 del codice di procedura penale se configura como un procedimiento dotado de garantías expresas, en el que la propuesta y sus condiciones quedan documentadas desde el inicio y sometidas a control judicial antes de su eventual homologación. Por su parte, en Alemania, el §153a StPO esta-

(70) Oliver Calderón, G. R. *op. cit.,* pp. 391-413.

blece un régimen de oportunidad condicionada que permite la terminación anticipada del procedimiento mediante el cumplimiento de determinadas obligaciones, siempre bajo supervisión judicial y con constancia formal de los términos del acuerdo. Aunque estos modelos responden a tradiciones jurídicas distintas y no resultan trasladables sin más a nuestro sistema, muestran cómo es posible compatibilizar eficiencia y transparencia mediante una mínima formalización de las interacciones previas entre las partes. Sin alterar la fisonomía propia del juicio rápido, estas experiencias comparadas sugieren que una mayor claridad en la configuración práctica de las ofertas iniciales podría reforzar la voluntariedad de la conformidad y facilitar el control judicial exigido por los principios derivados del artículo 24 CE.

En definitiva, la práctica analizada invita a mantener un enfoque de prudencia, observación crítica y mejora continua. Los sistemas procesales no se construyen únicamente con normas, sino también con hábitos profesionales que se consolidan con el tiempo. Examinar esos hábitos, comprender sus fundamentos y ajustarlos cuando sea necesario constituye un ejercicio saludable para cualquier sistema de justicia que aspire a combinar celeridad y garantías sin sacrificar ninguna de ellas. La coherencia con el artículo 24 CE y con la doctrina constitucional exige que la conformidad siga siendo un espacio de decisión libre, informado y verificable, capaz de conciliar la eficacia del procedimiento con la preservación íntegra de los derechos del acusado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Monografías y capítulos de libro

De Diego Díez, L. *La justicia penal consensuada: límites y posibilidades*, en Estudios sobre la conformidad penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 19-54.

Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, 7.ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 457-482.

— *La conformidad en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 92-118.

Lascuraín Sánchez, J. A. *Justicia penal consensuada*, Iustel, Madrid, 2007.

— *Conformidades y garantías: reflexiones en torno a la transparencia del acuerdo penal*. Estudios de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 221-244.

Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2006, pp. 369-445.

Ruiz-Risueño, J., *Los juicios rápidos: eficacia y garantías en la justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Artículos doctrinales y empíricos

Bibas, S. «Plea Bargaining outside the Shadow of Trial», *Harvard Law Review,* vol. 117, 2004, pp. 2463-2547.

— «Plea Bargaining's Role in the Criminal Justice System»*, Oxford University Press*, Nueva York, 2016, pp. 15-38.

Chen, A. «The Unconstitutionality of Modern Plea Bargaining: Curbing Prosecutorial Vindictiveness». *Princeton Legal Journal,* 2024. Disponible en https://legaljournal.princeton.edu/the-unconstitutionality-of-modern-plea-bargaining-curbing-prosecutorial-vindictiveness/ (consultada el 6 de diciembre de 2025).

Cluo, C., «Judicial Oversight in Accelerated Criminal Proceedings», *European Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 41-67.

Crespo, E. D., «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el Código Penal de 1995», *La Ley Penal*, núm. 28, 1999, pp. 15-34.

De la Mata Barranco, N. J., «La objetividad del Ministerio Fiscal y sus límites en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 23, 2010, pp. 1-27.

— «Proceso penal y garantías: reflexiones sobre el significado actual del derecho a un proceso con todas las garantías». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, pp. 1-25. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=14 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

Fabra, A. «El papel de los incentivos en los sistemas de justicia penal negociada». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2017, pp. 233-260.

García Arán, M. «Igualdad de armas y defensa efectiva en el proceso penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-07, 2018, pp. 1-23.

Helm, R. K. «Cognitive theory and plea-bargaining. Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences», 5(2), 2018, pp. 195-201. https://doi.org/10.1177/2372732218786974 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

Kemp, S., y Varona Gómez, D., «Determinantes de la decisión de conformarse en el proceso penal español». *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 66, 2021, pp. 1-12. DOI: https://doi.org/10.1016/j.ijlcj.2021.100486 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

Lascuraín Sánchez, J. A., y Gascón Inchausti, F. «¿Por qué se conforman los inocentes?» *InDret*, núm. 3, 2018, pp. 1-44. Disponible en: https://indret.com/por-que-se-conforman-los-inocentes/ (consultada el 6 de diciembre de 2025).

Mauzerall, J., «Trial Penalty and Plea Bargaining Dynamics». *Yale Law Journal*, vol. 129, 2020, pp. 1120-1154.

Oliver Calderón, G. R. «La conformidad en el proceso penal español: análisis y juicio crítico». *Derecho PUCP*, núm. 90, 2023, pp. 391-413. DOI:

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.011 (consultada el 6 de diciembre de 2025).
Quintero Olivares, G., «Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1999, pp. 87-104.
Ragués i Vallès, R., «Conformidad y justicia penal negociada». *InDret*, núm. 2, 2007, pp. 1-36.
Sáez de Parra, M., «Celeridad, eficiencia y garantías en el proceso penal». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021.
Tomás-Valiente Lanuza, C., «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad». *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 1-28. DOI: https://doi.org/10.31009/INDRET.2024.I4.06 (consultada el 6 de diciembre de 2025).
Varona Gómez, D., y Kemp, S., «Las sentencias de conformidad en España: un análisis empírico de su impacto en la penalidad». *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 1-36. Disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/1679.pdf (consultada el 6 de diciembre de 2025).
Varona Gómez, D.; Kemp, S., y Benítez Manrique, O. «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad». *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 307-332. DOI: https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i1.07 (consultada el 6 de diciembre de 2025).
Wilford, M. M., & Zottoli, T. M. «Urgent issues and prospects in guilty plea research and practice». *Legal and Criminological Psychology,* 30(2), 2025, pp. 193-211. https://doi.org/10.1111/lcrp.12306 (consultada el 6 de diciembre de 2025).

Normativa

Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, *Gaceta de Madrid*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882. Texto consolidado disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036 (consultada el 6 de diciembre de 2025).
Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, de medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/12/19/6 (consultada el 7 de diciembre de 2025).

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional, STC 76/1990, de 26 de abril, ECLI: ES: TC:1990:76.
Tribunal Supremo, STS 1030/2006, de 27 de octubre, ECLI: ES: TS:2006:6579.

La declaración de la víctima como prueba única en los delitos sexuales: una aproximación desde la perspectiva de género y el razonamiento probatorio

MANUEL PÉREZ MANO
Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Argentina (UBA)

RESUMEN

Este trabajo aborda el complejo desafío probatorio de los delitos sexuales, donde frecuentemente la declaración de la víctima es la única prueba disponible. Se defiende que la perspectiva de género es un requisito epistemológico indispensable para una valoración imparcial de la prueba, al permitir identificar y neutralizar los prejuicios y estereotipos históricos que han distorsionado el razonamiento probatorio. Se argumenta que esta perspectiva no introduce un estándar de prueba diferenciado ni promueve la credibilidad automática, sino que optimiza el funcionamiento del estándar tradicional de «duda razonable». El estudio examina criterios rigurosos para evaluar la fiabilidad del testimonio único, asegurando que la protección de las víctimas sea compatible con las garantías del debido proceso y una motivación judicial exhaustiva.

Palabras clave: *delitos sexuales; perspectiva de género; razonamiento probatorio; duda razonable.*

ABSTRACT

This paper addresses the complex evidentiary challenge of sexual offenses, where the victim's testimony is often the only available evidence. The work argues that a gender perspective is an essential epistemological requirement for the impartial evaluation of testimony, as it helps identify and neutralize historical prejudices and stereotypes that have distorted probative reasoning. It is contended that this perspective

does not introduce a differentiated standard of proof or promote automatic credence, but rather optimizes the functioning of the traditional «reasonable doubt» standard. The study examines rigorous criteria for assessing the reliability of sole testimony—such as narrative coherence, convergence with peripheral evidence—ensuring that victim protection is compatible with due process guarantees and exhaustive judicial reasoning.

Keywords: *sexual offenses; gender perspective; probative reasoning; reasonable doubt.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Especificidades probatorias de los delitos sexuales.–III. El rol del testimonio ante la ausencia de prueba física.–IV. Razonamiento probatorio y estándar de duda razonable. 1. La coherencia interna. 2. Persistencia temporal del testimonio. 3. Compatibilidad con el contexto.–V. Perspectiva de género como herramienta epistémica. 1. Eliminación de estereotipos en la valoración probatoria. 2. Perspectiva de género: Tipología de estereotipos y neutralización de sesgos cognitivos.–VI. Objeciones y contra argumentos.–VII. Conclusión.–VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual –reconfigurados bajo la categoría unitaria de agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 del Código Penal español– constituye uno de los escenarios más exigentes para la teoría contemporánea de la prueba. No se trata únicamente de un problema de escasez probatoria, sino de una dificultad más profunda: la tensión entre las condiciones empíricas en las que estos hechos ocurren y las categorías conceptuales con las que el derecho pretende conocerlos y justificarlos. En efecto, la frecuente localización de estas conductas en ámbitos de estricta intimidad, sumada a dinámicas de poder y a fenómenos psíquicos asociados al trauma, produce una configuración en la que los vestigios materiales son limitados y los indicios periféricos aparecen fragmentados o ambiguos. En este contexto, la declaración de la víctima adquiere una centralidad estructural, en tanto muchas veces constituye el único elemento susceptible de sustentar una hipótesis fáctica capaz de enervar la presunción de inocencia (Corvalán & Paz Contreras, 2025).

Esta situación sitúa al proceso penal en una tensión constitutiva: por un lado, la exigencia de evitar la impunidad de conductas espe-

cialmente graves; por otro, la necesidad de preservar un estándar de prueba que garantice decisiones justificadas y controlables. Tradicionalmente, esta dificultad ha sido abordada mediante soluciones insatisfactorias: o bien una actitud de escepticismo que, en la práctica, conduce a la desestimación sistemática de los relatos por falta de corroboración externa, o bien una flexibilización implícita de los criterios de valoración que termina sustituyendo el razonamiento por intuiciones o impresiones subjetivas. Ambas respuestas comparten un mismo déficit: renuncian a construir un modelo de racionalidad adecuado a las particularidades del fenómeno.

Frente a ello, el presente trabajo parte de una premisa distinta: el problema no es la ausencia de prueba en sentido cuantitativo, sino la necesidad de refinar los criterios con los que esa prueba es interpretada y valorada. No se trata de determinar si un testimonio es suficiente en abstracto, sino de precisar bajo qué condiciones una hipótesis puede considerarse confirmada más allá de toda duda razonable (Ferrer Beltrán, 2021). Este desplazamiento supone abandonar una lógica acumulativa de la prueba para adoptar un enfoque centrado en la calidad de las inferencias, donde la racionalidad judicial depende de la solidez de las razones que permiten preferir una explicación frente a sus alternativas (González Lagier, 2019).

Resulta preciso acotar conceptualmente la noción de «prueba única» o «testimonio único». En el ámbito de la teoría de la prueba, esta categoría alude a aquellos supuestos donde la reconstrucción de la hipótesis fáctica –y, en consecuencia, la eventual enervación de la presunción de inocencia– descansa exclusivamente en el relato de la persona denunciante, careciendo de corroboraciones periféricas directas que vinculen al imputado con el hecho. Esta situación, lejos de constituir una excepcionalidad marginal, representa el desafío epistemológico central en la persecución de ataques contra la libertad sexual, donde la clandestinidad estructural impide la obtención de vestigios materiales. Cómo se desarrollará en el presente estudio, este concepto no implica una valoración aislada del relato, sino que exige una metodología inferencial reforzada que asegure la fiabilidad del testimonio antes de su validación judicial.

Ahora bien, este esfuerzo de reconstrucción racional no puede llevarse a cabo ignorando que el conocimiento jurídico es siempre una práctica situada. Como ha señalado Scott (1986), categorías como el género no son neutrales, sino que estructuran relaciones de poder y organizan los modos de significación social. En una línea convergente, Foucault (2007) advierte que todo régimen de verdad se apoya en prácticas discursivas que delimitan lo que puede ser considerado creí-

ble o plausible. En el ámbito judicial, estas estructuras operan como presupuestos tácitos que condicionan la valoración de la prueba, muchas veces sin ser explícitos.

En los delitos sexuales, esta dimensión adquiere especial relevancia. La experiencia histórica muestra que la apreciación del testimonio de las víctimas ha estado atravesada por estereotipos persistentes acerca del comportamiento, la sexualidad y la credibilidad de las mujeres, que han funcionado como verdaderos filtros implícitos de valoración. Nos encontraremos aquí, con que estas representaciones no constituyen meros prejuicios individuales, sino construcciones culturales que naturalizan desigualdades y condicionan la percepción de los hechos.

En este marco, la perspectiva de género adquiere relevancia no como una directriz político-criminal ni como una presunción probatoria, sino como un instrumento crítico orientado a examinar las condiciones mismas bajo las cuales se produce el conocimiento judicial. Su función no consiste en alterar el estándar de prueba ni en introducir un sesgo favorable a la víctima, sino en identificar aquellas premisas implícitas que, al operar como «máximas de experiencia» no verificadas, distorsionan el razonamiento. Se trata de una operación de desnaturalización: someter a escrutinio aquello que se presenta como evidente para evitar que prejuicios socialmente sedimentados se integren de manera inadvertida en la decisión (Zemelman, 1992; Gascón Abellán, 2022). En este sentido, puede ser entendida como una herramienta contra la injusticia epistémica, en tanto permite advertir los déficits de credibilidad injustamente atribuidos a ciertos sujetos en función de estereotipos identitarios.

Desde esta perspectiva, el desafío no consiste en sustituir un conjunto de prejuicios por otro, sino en construir un modelo de valoración consciente de sus propios condicionamientos. Ello implica reconocer que la llamada «sana crítica» no puede reducirse a una apelación genérica a la lógica o a la experiencia, sino que debe ser entendida como un método de control tanto de las inferencias como de las premisas que las sustentan. La racionalidad judicial no se agota en la coherencia interna del razonamiento, sino que exige también la revisión crítica de los supuestos desde los cuales ese razonamiento se articula.

Sobre esta base, el trabajo propone una reconstrucción analítica del concepto de fiabilidad. En particular, se examinarán tres dimensiones fundamentales: la consistencia interna del relato, su persistencia en el tiempo y su compatibilidad con el contexto periférico y los indicios disponibles. Estas categorías no deben ser entendidas como reglas automáticas, sino como criterios orientadores cuya aplicación

exige una evaluación contextualizada y libre de expectativas normativas sobre el comportamiento de la víctima, evitando así recurrir al modelo implícito de «víctima ideal» (Corvalán & Paz Contreras, 2025).

Finalmente, se abordará la exigencia de una motivación judicial reforzada en este tipo de casos. La legitimidad de la decisión penal no puede descansar en fórmulas retóricas ni en apreciaciones intuitivas, sino en una argumentación que permita reconstruir de manera transparente el itinerario inferencial seguido por el juzgador. En este sentido, la valoración racional de la prueba y los aportes de la teoría crítica –incluida la perspectiva de género– no son enfoques incompatibles, sino dimensiones complementarias de un mismo esfuerzo por mejorar la calidad de la decisión judicial (Funes, 2024).

En definitiva, la tesis que aquí se defiende es que el rigor en la valoración del testimonio no constituye un obstáculo para la justicia, sino su principal garantía. La eliminación de estereotipos –entendidos como generalizaciones sin base empírica sobre cómo «debería» reaccionar o declarar una víctima– no es una concesión externa al proceso, sino una exigencia interna de la racionalidad probatoria y del principio de presunción de inocencia. Solo mediante una depuración metodológica del razonamiento judicial será posible construir un modelo de prueba penal que sea, al mismo tiempo, eficaz frente a la violencia sexual y plenamente respetuoso de las garantías que estructuran el Estado de Derecho.

II. ESPECIFICIDADES PROBATORIAS DE LOS DELITOS SEXUALES

Es imperativo realizar una precisión terminológica necesaria para el rigor de este análisis. Si bien en el debate doctrinal y en parte de la práctica judicial se ha utilizado de forma indistinta el término «abuso sexual», la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022 en el Código Penal español ha unificado la tipicidad bajo la categoría unitaria de «agresiones sexuales», suprimiendo la distinción previa. En este trabajo, asumiremos dicha terminología unitaria, entendiendo que el objeto de protección es la libertad sexual en todas sus manifestaciones. Asimismo, es preciso aclarar que el alcance del presente estudio comprende tanto a las víctimas adultas como a las personas menores de edad. Si bien el sistema de justicia penal contempla reglas de protección y protocolos de exploración diferenciados para la infancia y adolescencia, el problema de la fiabilidad del testimonio único

mantiene una estructura epistemológica análoga. En ambos supuestos, la ausencia de prueba material y la necesidad de valorar la coherencia del relato frente a contextos de asimetría de poder exigen un ejercicio de depuración probatoria que, respetando las especificidades del desarrollo evolutivo en los menores, permita alcanzar conclusiones justificadas más allá de toda duda razonable.

Como anticipaba, la complejidad probatoria sugerida en la introducción de este artículo no solo deviene de la escasez de evidencia directa, sino de cómo el poder, la intimidad y el cuerpo influyen determinantemente en la producción –o ausencia– de prueba. Los indicios disponibles suelen presentarse de forma fragmentaria, ambigua y mediatizados por complejas redes de emociones, silencios o conductas posteriores cuya interpretación requiere especial cautela metodológica. Esta complejidad es estructural y refleja la interacción entre la vulnerabilidad subjetiva y las asimetrías de poder (Cook & Cusack, 2010).

De este modo, el reto probatorio no radica tanto en la cantidad de información disponible como en la cualidad cognitiva de esa información y en la inferencia racional necesaria para reconstruir los hechos fácticos.

La investigación enfrenta aquí una paradoja central: cuanto más íntimo y traumático el suceso, menor suele ser su rastro empírico y mayor la carga de inferencia necesaria para reconstruirlo (Arena, 2019). Esta paradoja exige repensar la manera en que el Derecho construye conocimiento en contextos de evidencia limitada. La epistemología jurídica contemporánea entiende que no se trata de flexibilizar los estándares de prueba, sino de comprender que los hechos que se pretenden acreditar tienen una fenomenología distinta y, por tanto, requieren una metodología inferencial adecuada a su modo de manifestación.

De allí que la clave no sea aumentar el umbral de sospecha ni relativizar garantías procesales, sino reformular las condiciones del conocimiento judicial para operar racionalmente en un universo donde la prueba no aparece como evidencia directa, sino como una red de indicios dispersos. Así las cosas, la particularidad de estos casos exige una alteración del eje probatorio: de la constatación material hacia la coherencia narrativa y contextual del relato (Di Corleto & Piqué, 2017). Ello no implica sustituir la racionalidad por la empatía, sino reconocer que la estructura fáctica de las agresiones sexuales –hechos íntimos, dinámicas asimétricas, huellas diferidas– requiere métodos de interpretación acordes a su naturaleza.

En esta línea, Gascón Abellán (2022) ha señalado que la racionalidad probatoria solo puede lograrse si se advierten los sesgos y estereotipos que históricamente desvirtuaron la valoración de la prueba

disponible. Desde este enfoque, la perspectiva de género no constituye un criterio de excepción, sino una herramienta de depuración metodológica del razonamiento probatorio, en la medida en que permite identificar y neutralizar interferencias derivadas de prejuicios y sesgos implícitos. Para que esta propuesta ofrezca un rendimiento científico y neutralice la introducción de sesgos inversos –como teme parte de la crítica–, la evitación de estereotipos debe enmarcarse en una teoría amplia contra los sesgos cognitivos. Estos estereotipos operan generalmente en el Derecho como «máximas de experiencia espurias»: se asume erróneamente que una víctima «ideal» debe mostrar una reacción emocional lineal e inmediata, denunciar sin demora o presentar resistencia física activa, ignorando las evidencias científicas sobre el impacto del trauma en la memoria y el comportamiento humano.

En consecuencia, la valoración debe ser contextual, multidimensional y consciente de los sesgos estructurales que afectan la percepción del testimonio. De manera correlativa, el rol judicial no consiste en exigir una forma imposible de corroboración directa, sino en justificar con transparencia la manera en que las inferencias se construyen. Ello implica atender a la plausibilidad narrativa, la coherencia interna, la consistencia con indicios periféricos y la compatibilidad con conocimientos empíricos sobre el comportamiento de víctimas de violencia sexual, evitando convertir estos elementos en reglas automáticas de credibilidad.

En cuanto a ello, la jurisprudencia interamericana consolida este entendimiento, y sostiene que el testimonio de las víctimas debe ser valorado de manera particular. En el caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (Sentencia de 25 de noviembre de 2006), la Corte IDH argumentó que dicho relato es una prueba fundamental. Esta interpretación que ofrece el tribunal no alude a una exención de recabar otros elementos de prueba, ya que no se traduce en que la declaración sea excluyente ni que se deba alterar el concepto de investigación exhaustiva que obliga a recolectar todos los medios de prueba disponibles.

Así, se ha sostenido que los Estados deben evitar trasladar las consecuencias de la clandestinidad a la persona denunciante, imponiendo un deber reforzado de investigación orientado a la búsqueda activa de indicios, y no al descarte prematuro por ausencia de evidencia inmediata, en conformidad con lo sentado por la Corte IDH en el caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México (Sentencia de 16 de noviembre de 2009).

Por otro lado, Schauer (2003) ha mostrado que las inferencias racionales no siempre descansan en evidencia directa, sino en generalizaciones fiables y patrones empíricos que permiten reconstruir hechos en contextos de incertidumbre. Al respecto, este enfoque

resulta especialmente útil para las agresiones sexuales, donde la inferencia racional opera sobre indicios periféricos y no sobre rastros físicos inmediatos.

En última instancia, la especificidad probatoria de los delitos sexuales no deriva de una excepción procesal, sino de un ajuste en la teoría del conocimiento: el Derecho penal debe adaptar su lógica de verificación al tipo de realidad que pretende conocer. No hay un estándar más laxo ni una presunción de veracidad, sino una reconfiguración de la racionalidad probatoria frente a un fenómeno cuya invisibilidad es estructural. La dificultad no es un defecto del sistema, sino una invitación a repensar sus categorías desde una teoría del conocimiento jurídico sensible a la experiencia, pero firme en sus exigencias de justificación.

III. EL ROL DEL TESTIMONIO ANTE LA AUSENCIA DE PRUEBA FÍSICA

Sí la declaración de la víctima emerge como la pieza nuclear del engranaje probatorio, resulta imperativo reiterar que esta centralidad no constituye un privilegio procesal ni una excepción dogmática al principio de presunción de inocencia, sino que es la consecuencia directa de la estructura empírica de este tipo de criminalidad. Los delitos contra la libertad sexual se desarrollan, por su propia naturaleza, en ámbitos de estricta clandestinidad donde la producción de evidencia material o la presencia de testigos directos resulta estructuralmente improbable. Ahora bien, esta «ausencia» de prueba no puede ser comprendida únicamente como un dato natural del fenómeno, sino también como el resultado de déficits interpretativos del propio sistema jurídico: lo que Brevis-Cartes (2025) denomina brechas hermenéuticas, esto es, la insuficiencia de categorías para comprender adecuadamente experiencias de violencia atravesadas por relaciones de poder.

En este contexto, la relevancia del relato no reside en conferir un valor automático a la palabra de quien denuncia, sino en reconocer que su peso probatorio responde a la configuración fenomenológica del hecho y no a una flexibilización del estándar de prueba. Como advierten Corvalán y Paz Contreras (2025), la probabilidad de contar con prueba periférica autónoma es excepcional, lo que obliga a repensar el eje del análisis: no se trata de preguntar si el testimonio es suficiente en abstracto, sino bajo qué condiciones de justificación racional puede sostener una hipótesis fáctica cuando aquel constituye la principal fuente de conocimiento del suceso.

Al respecto, lo primero que importa revelar es que la credibilidad testimonial debe ser despojada de cualquier vestigio de intuición subjetiva o valoración impresionista por parte del juzgador. La convicción judicial no puede asentarse en impresiones de sinceridad ni en fórmulas retóricas asociadas a la inmediación, sino en criterios metodológicos explícitos que permitan transformar la creencia en conocimiento jurídicamente justificado. Valorar el testimonio implica tratarlo como una hipótesis que debe ser contrastada con explicaciones alternativas, evaluando tanto su calidad intrínseca como su capacidad de integración en el cuadro probatorio general.

Especial relevancia adquiere esta concepción si se incorpora la noción de injusticia epistémica, desarrollada por Fricker (2007). Se incurre en este tipo de injusticia cuando se asigna una menor credibilidad a un testimonio en virtud de prejuicios identitarios. En los delitos sexuales, ello se traduce en la aplicación implícita del estereotipo de la «víctima ideal», que condiciona la valoración del relato mediante expectativas normativas sobre cómo debería comportarse quien ha sufrido una agresión. En tales casos, el problema no es la debilidad de la prueba, sino la distorsión del marco interpretativo desde el cual se la evalúa.

En este punto, la perspectiva de género adquiere una función precisa: no la de alterar el estándar probatorio, sino la de depurar el razonamiento judicial de aquellas «máximas de experiencia» que carecen de sustento empírico (Gascón Abellán, 2022). Su operatividad debe entenderse en conexión con una teoría general de los sesgos cognitivos, en la medida en que permite identificar interferencias que actúan en el nivel pre-reflexivo del juicio. Como señala Cánovas Marmo (2024), la objetividad en la valoración probatoria no consiste en la ausencia de condicionamientos, sino en la capacidad de someterlos a crítica.

De allí que la clave no sea aumentar el umbral de sospecha ni relativizar garantías procesales, sino reformular las condiciones del conocimiento judicial para operar racionalmente en contextos de incertidumbre. Este enfoque no implica sustituir la racionalidad por la empatía, sino ajustar los criterios de análisis a la naturaleza del fenómeno, evitando tanto el escepticismo automático como la aceptación acrítica.

En este marco, el deber de investigar adquiere un contenido reforzado. El Estado no sólo debe abstenerse de exigir pruebas imposibles, sino desplegar activamente todas las medidas razonables para obtener indicios periféricos que permitan contextualizar el relato. Existe un riesgo metodológico evidente cuando la ausencia de corroboración material es, en realidad, el resultado de una investigación deficiente: en tales supuestos, la orfandad probatoria no puede operar automáti-

camente en perjuicio de la víctima, en tanto no refleja una debilidad intrínseca del testimonio, sino una falla en la actividad estatal.

Esta centralidad del testimonio impone al juzgador una exigencia de motivación particularmente intensa. La decisión condenatoria sólo será legítima si es capaz de explicar, de manera transparente, por qué el relato constituye la mejor explicación disponible de los hechos, descartando hipótesis alternativas sobre la base de razones controlables. Esta exigencia conecta con la crítica de Schauer (2003) a la utilización irreflexiva de generalizaciones: la racionalidad de la inferencia depende de que las premisas utilizadas sean empíricamente fiables y no meras proyecciones intuitivas.

En este sentido, resulta imprescindible integrar los aportes de la psicología del testimonio. La evidencia empírica muestra que la memoria no opera como un registro lineal, sino como un proceso reconstructivo influido por el trauma y el paso del tiempo. En consecuencia, las variaciones en el relato, las lagunas de memoria o las imprecisiones en detalles periféricos no constituyen, por sí mismas, indicadores de mendacidad, sino fenómenos compatibles con experiencias traumáticas (Schacter, 1996). La evaluación judicial debe, por tanto, diferenciar entre inconsistencias triviales y contradicciones sustanciales, evitando exigir patrones narrativos idealizados.

Finalmente, y en línea con lo expuesto, la especificidad probatoria de los delitos sexuales exige un ajuste en la teoría del conocimiento jurídico. En contextos de incertidumbre las inferencias racionales deben apoyarse en generalizaciones empíricamente fundadas. Si el conocimiento científico disponible demuestra que el trauma afecta la memoria y el comportamiento, el juzgador no puede sustituir ese saber por intuiciones personales o estereotipos culturales. De lo contrario, el proceso penal deja de ser un espacio de búsqueda de la verdad para convertirse en un mecanismo de reproducción de prejuicios.

En definitiva, la centralidad del testimonio de la víctima en los delitos contra la libertad sexual no puede ser comprendida ni como un privilegio probatorio ni como una anomalía del sistema, sino como la consecuencia necesaria de una realidad empírica específica que obliga a repensar las condiciones bajo las cuales el Derecho construye conocimiento. La cuestión decisiva no es, por tanto, si el relato puede o no fundar una condena en abstracto, sino bajo qué parámetros de análisis puede ser incorporado en un razonamiento que aspire a ser racional, controlable y compatible con las garantías del proceso penal.

Esta variación del problema permite advertir que las verdaderas dificultades no se ubican únicamente en la disponibilidad de eviden-

cia, sino en los criterios mediante los cuales esa evidencia es interpretada. La exigencia de neutralizar estereotipos, incorporar conocimiento empírico sobre el trauma y asegurar una investigación diligente no agota, sin embargo, el desafío. Aun depurado el proceso de valoración de sesgos manifiestos, subsiste una cuestión más profunda: cómo se articula, en términos estrictamente jurídicos, la justificación de una decisión condenatoria cuando la prueba disponible es predominantemente testimonial.

En este punto, la discusión necesariamente se traslada al terreno del razonamiento probatorio. No basta con identificar qué elementos deben ser considerados ni con advertir qué errores deben evitarse; es preciso examinar cómo se estructuran las inferencias que conducen desde la evidencia a la conclusión, qué tipo de hipótesis compiten entre sí y bajo qué condiciones una de ellas puede ser racionalmente preferida. En otras palabras, el problema de la prueba en estos delitos conduce de manera inevitable a una reflexión sobre el estándar de duda razonable y sobre los criterios que permiten afirmar que una hipótesis ha sido suficientemente confirmada.

Así, si este capítulo ha puesto de relieve las particularidades fenomenológicas y metodológicas que condicionan la producción y valoración de la prueba en los delitos sexuales, el siguiente deberá abordar el núcleo lógico de la cuestión: el modo en que el juez razona con esa prueba. Será allí donde deba precisarse cómo opera el estándar de prueba en contextos de incertidumbre estructural, cómo se evita tanto la condena basada en intuiciones como la absolución fundada en exigencias probatorias inalcanzables, y cómo puede construirse, en definitiva, una decisión que sea al mismo tiempo respetuosa de la presunción de inocencia y sensible a las condiciones reales en las que estos hechos tienen lugar.

IV. RAZONAMIENTO PROBATORIO Y ESTÁNDAR DE DUDA RAZONABLE

De acuerdo con la lógica desarrollada hasta aquí, el problema del testimonio único en los delitos contra la libertad sexual no puede formularse en términos binarios de «creer» o «no creer» a la persona denunciante. Ese planteo deriva indebidamente la discusión hacia un plano moral o psicológico, cuando el problema es estrictamente cognitivo y jurídico: en el proceso penal no se trata de creer, sino de justificar racionalmente por qué una determinada hipótesis fáctica puede considerarse acreditada conforme al estándar de duda razonable.

En este marco, la convicción interna del juez carece de relevancia autónoma si no se traduce en una justificación pública, racional y controlable. La decisión sobre los hechos no puede descansar en la mera impresión de veracidad que genere un testimonio, sino en la explicitación del itinerario inferencial que conduce desde la evidencia disponible hacia la conclusión adoptada. Como advierte Sancinetti (2013), la exigencia de fundamentación racional excluye la posibilidad de condenar sobre la base de la simple «creencia en la palabra del testigo»: lo decisivo es la solidez del soporte probatorio y la calidad del razonamiento que lo articula. En la misma línea, sostengo que el valor del testimonio no depende de su aceptación intuitiva, sino de su capacidad para resistir un escrutinio crítico libre de prejuicios.

Su fuerza probatoria depende entonces de su capacidad para integrarse en una explicación de los hechos que resulte superior a sus alternativas. La tarea judicial consiste, entonces, en seleccionar –entre hipótesis en competencia– aquella que mejor explique el conjunto de la evidencia disponible, descartando racionalmente las restantes (Ferrer Beltrán, 2021; González Lagier, 2019).

En este punto, conviene precisar que el estándar de duda razonable no exige certeza absoluta ni elimina toda posibilidad de error, sino que demanda la ausencia de hipótesis alternativas plausibles que no hayan sido refutadas. La duda relevante no es cualquier duda imaginable, sino aquella que puede sostenerse sobre la base de razones. Como sostiene Ferrajoli (2005), la presunción de inocencia impone que la culpabilidad sea tratada como una hipótesis que debe ser verificada mediante un procedimiento racional, de modo tal que, si subsiste una explicación alternativa plausible, el sistema debe necesariamente inclinarse por la absolución.

Esta concepción ha sido profundizada por la doctrina contemporánea, que ha vinculado el estándar de prueba con la idea de verdad como construcción racionalmente justificada. Así, Ramírez Ortiz (2020) señala que la valoración del testimonio único no implica un acto de confianza subjetiva, sino la aplicación de criterios de fiabilidad que permitan determinar si el relato posee la calidad necesaria para vencer la presunción de inocencia. En términos de Taruffo (2008), la verdad judicial no es una verdad absoluta, sino una «verdad relevante», alcanzada a través de un juicio de probabilidad lógica prevaleciente. El estándar de duda razonable opera, entonces, como un filtro epistemológico que impide que la gravedad del hecho o su carga emocional sustituyan la necesidad de una justificación racional.

Tampoco resulta aceptable que la inmediación judicial –esto es, el contacto directo con la persona que declara– opere como sustituto de la motivación. La percepción directa puede aportar información rele-

vante, pero en ningún caso reemplaza la obligación de argumentar. Invocar la inmediación como fundamento último equivale a blindar la decisión frente al control racional. En términos de Brevis-Cartes (2025), ello implica incurrir en una forma de «ausencia epistémica»: la imposibilidad de traducir la experiencia percibida en un razonamiento jurídicamente controlable.

En este orden de ideas, la decisión sobre los hechos debe entenderse como la elección de la hipótesis que mejor explique los datos disponibles, siendo la hipótesis acusatoria la que debe confirmar los hechos más allá de toda duda razonable, marginando cualquier hipótesis alternativa de inocencia (Ferrer Beltrán, 2021).

En consecuencia, reitero, lo decisivo no es la cantidad de pruebas, sino la estructura del razonamiento que conecta esas pruebas con la conclusión. Un testimonio puede ser suficiente para fundar una condena si la sentencia explica de manera transparente por qué resulta racional considerarlo veraz y por qué las hipótesis alternativas han sido descartadas mediante argumentos intersubjetivamente controlables. Este deber de justificación constituye una garantía esencial frente al ejercicio arbitrario del *ius puniendi*.

Desde esta óptica, el análisis de la fiabilidad del testimonio exige abandonar definitivamente el enfoque centrado en la sinceridad subjetiva del declarante. La cuestión no es determinar si la víctima «dice la verdad» en un sentido psicológico, sino si existen razones suficientes para considerar que su relato describe adecuadamente los hechos. Como sostiene Fernández Vargas (2022), la fiabilidad no depende de la interioridad del hablante, sino de su inserción en un entramado inferencial capaz de resistir escrutinio crítico. En igual sentido, la función de la prueba no es producir certeza psicológica, sino generar una creencia racionalmente justificada (González Lagier, 2019).

Esto permite comprender el juicio de fiabilidad como un puente entre la percepción inicial de credibilidad y la conclusión normativa sobre la veracidad del relato. No se trata de un acto de confianza ni de una evaluación moral del carácter del declarante, sino de un proceso de contraste en el que el testimonio es sometido a verificación mediante criterios explícitos (Schauer, 2003).

No puedo soslayar –aún en el riesgo de resultar redundante– que este modelo de racionalidad debe operar sobre un dato que no puede ser ignorado: el razonamiento judicial no se desarrolla en un vacío, sino en el interior de marcos culturales y cognitivos que condicionan la interpretación de la evidencia. En este sentido, la literatura feminista ha mostrado que la valoración del testimonio en delitos sexuales ha estado históricamente atravesada por estereotipos persistentes que

afectan la atribución de credibilidad (Cook & Cusack, 2010). Tales estereotipos funcionan como «máximas de experiencia» no verificadas que distorsionan el análisis probatorio.

Aquí es donde la perspectiva de género adquiere relevancia como herramienta de depuración del razonamiento. Su función no consiste en introducir un sesgo favorable a la víctima, sino en identificar y neutralizar los sesgos preexistentes que operan de manera implícita. En términos de injusticia epistémica (Fricker, 2007), el problema no es solo la falta de prueba, sino la desvalorización sistemática de ciertos testimonios en función de prejuicios identitarios. Como señala Cánovas Marmo (2024), esta perspectiva debe entenderse como una exigencia de objetividad, que obliga al juzgador a revisar críticamente sus propias premisas.

Desde esta reconstrucción, el estándar de duda razonable no puede ser flexibilizado en función de la dificultad probatoria propia de estos delitos. Tal como advierte Pastor (2005), cualquier intento de rebajar las exigencias probatorias en función de la «especial naturaleza» del delito implica una degradación del Estado de Derecho. En línea con Roxin (2000), la búsqueda de la verdad no puede realizarse a cualquier precio ni mediante la renuncia a criterios de conocimiento estables. Por el contrario, el rigor en la valoración del testimonio es lo que otorga legitimidad a la condena.

A partir de estas premisas, la fiabilidad del testimonio puede ser reconstruida mediante parámetros analíticos que permitan su evaluación objetiva. En línea con lo anticipado, tres criterios resultan centrales: la consistencia interna del relato, su persistencia en el tiempo y su compatibilidad con el contexto periférico (Di Corleto & Piqué, 2017). Estos elementos no operan como reglas automáticas de credibilidad, sino como herramientas que permiten estructurar el razonamiento y hacerlo controlable.

La consistencia interna permite identificar contradicciones relevantes dentro del propio relato, distinguiéndose de variaciones menores compatibles con el funcionamiento normal de la memoria. La persistencia temporal permite evaluar la estabilidad del núcleo de la imputación a lo largo del tiempo, evitando exigir una invariabilidad irreal. Por su parte, la compatibilidad contextual exige que el relato se inserte coherentemente en el conjunto de datos disponibles, incluyendo indicios periféricos y conocimientos empíricos. En conjunto, estos criterios permiten desplazar la valoración desde intuiciones subjetivas hacia una reconstrucción racional del testimonio como estructura de información. Su función no es simplificar el juicio probatorio, sino hacerlo explícito, controlable y resistente a sesgos.

Así las cosas, el estándar de duda razonable no opera como un obstáculo para la valoración del testimonio, sino como el marco que exige que dicha valoración sea racionalmente defendible. La cuestión no es si el testimonio basta, sino si el razonamiento que lo sostiene cumple con las exigencias de justificación propias del proceso penal. Sobre esta base, el análisis de la fiabilidad no puede permanecer en un plano abstracto, sino que requiere ser desarrollado en sus componentes específicos.

Por ello, a continuación se examinan en detalle los tres pilares que estructuran este juicio: la consistencia interna, la persistencia temporal y la compatibilidad con el contexto.

1. **La coherencia interna**

Dentro del análisis racional del testimonio, la coherencia interna constituye un indicador central para evaluar su fuerza justificativa. Sin embargo, su correcta comprensión exige abandonar tanto la ilusión de transparencia con la que frecuentemente opera el juzgador como las concepciones intuitivas o excesivamente formalistas que tienden a proyectar sobre el relato estándares narrativos ajenos a su naturaleza. En esta línea, Nieva Fenoll (2018) advierte que la valoración de la coherencia no debe orientarse a la exigencia de una narración lineal, uniforme o «perfecta» –requisito que suele derivar de estereotipos implícitos de victimización ideal–, sino a la identificación de una estructura narrativa capaz de resistir el examen crítico en términos de racionalidad. Esta resistencia no es estética ni retórica, sino estrictamente epistémica: refiere a la aptitud del relato para integrarse en una reconstrucción global de los hechos sin generar contradicciones sistémicas relevantes.

La coherencia, entonces, no puede ser concebida como una propiedad formal del discurso, sino como una cualidad relacional, vinculada a la estabilidad estructural de una hipótesis frente a intentos de refutación. Michele Taruffo (2010) subraya, en este sentido, que lo decisivo no es la ausencia de divergencias menores, sino la consistencia global de la explicación fáctica, entendida como elemento de justificación racional de la decisión judicial. En el mismo sentido, la coherencia se revela como un criterio que no opera aisladamente, sino en interacción con el conjunto del material probatorio, donde su valor depende de su capacidad de integración dentro de un cuadro explicativo más amplio.

En este marco, la fiabilidad narrativa debe proyectarse hacia el núcleo estable del relato, distinguiendo entre elementos centrales

–aquellos que estructuran la imputación– y variaciones accesorias explicables por procesos cognitivos, emocionales o situacionales. Corvalán y Paz Contreras (2025) sostienen que el valor del testimonio único no reside en una credibilidad automática, sino en la persistencia de su lógica interna frente a la incorporación de nuevos datos o a la exposición a interrogatorios complejos. Esta persistencia constituye un indicador de consistencia estructural, no de perfección formal.

Esta evaluación no puede desligarse de un ejercicio de autocrítica judicial. Como advierte Cánovas Marmo (2024), el análisis de coherencia exige una exigencia de objetividad que impida confundir contradicciones reales con percepciones contaminadas por expectativas normativas sobre cómo «debería» narrar una víctima. En este sentido, la llamada coherencia interna debe ser depurada metodológicamente. No se trata únicamente de detectar contradicciones, sino de determinar su relevancia dentro de la estructura explicativa del relato. Di Corleto y Piqué (2017) advierten que uno de los errores más frecuentes en la práctica judicial consiste en confundir imprecisiones propias de la memoria con indicadores de mendacidad, trasladando indebidamente exigencias de precisión absoluta que no se corresponden con el funcionamiento real del recuerdo.

La valoración de la coherencia, por tanto, debe entenderse como parte de un razonamiento probatorio de carácter comparativo. González Lagier (2019) propone, en este sentido, la noción de plausibilidad narrativa, según la cual un relato es racionalmente aceptable no por su perfección formal, sino por su capacidad de constituir la mejor explicación disponible frente a hipótesis alternativas. La coherencia interna funciona así como un índice de plausibilidad: no garantiza la verdad, pero permite evaluar la solidez explicativa del testimonio en competencia con otras reconstrucciones posibles.

Esta lógica comparativa se inscribe en una concepción más amplia de racionalidad probatoria, en la que la fuerza del testimonio no depende de su aislamiento, sino de su capacidad de integración con el resto del material indiciario. Su valor epistémico aumenta cuando se articula de manera consistente con indicios periféricos o incluso con la ausencia razonada de corroboraciones externas, especialmente en contextos donde la prueba directa es estructuralmente limitada.

En este punto, la coherencia interna permite establecer una primera aproximación a la solidez del testimonio en términos sincrónicos, esto es, en su estructura narrativa en un momento determinado de su producción. Sin embargo, dicha evaluación resulta incompleta si no se proyecta hacia una dimensión diacrónica del relato, en la que lo relevante ya no es únicamente la consistencia interna de una versión

aislada, sino su comportamiento a lo largo del tiempo y bajo distintas condiciones de enunciación. En otros términos, la racionalidad probatoria exige complementar el análisis de coherencia con la indagación de su estabilidad a través de sucesivas manifestaciones del testimonio, atendiendo a la forma en que este se mantiene, se transforma o se reconfigura frente a nuevas instancias de interrogación. Es precisamente en esa continuidad –o en sus eventuales variaciones significativas– donde se abre el problema de la persistencia temporal del testimonio, como siguiente dimensión necesaria para una evaluación integral de su fiabilidad.

2. **Persistencia temporal del testimonio**

En otro orden, la persistencia temporal del testimonio constituye un segundo criterio central para la evaluación de su fiabilidad, en tanto permite analizar la estabilidad del relato a lo largo del tiempo y en distintos contextos de declaración. A diferencia de la coherencia interna –que se proyecta sobre la estructura narrativa en un momento dado–, este parámetro introduce una dimensión diacrónica del análisis, orientada a verificar si el núcleo fáctico del testimonio se mantiene sustancialmente inalterado frente a sucesivas oportunidades de relato.

Aún así, esta exigencia no puede ser interpretada bajo un modelo rígido de invariabilidad absoluta. Tal como ha sido ampliamente desarrollado por la psicología cognitiva, la memoria humana –y en particular la memoria traumática– no opera como un registro estático de los hechos, sino como un proceso reconstructivo, dinámico y sensible al contexto. En consecuencia, la presencia de variaciones en aspectos periféricos del relato no solo resulta compatible con su veracidad, sino que, en determinados casos, puede constituir un indicador de autenticidad, al evidenciar la ausencia de una elaboración estereotipada o guionizada. (Loftus, 1996).

Desde esta óptica, el análisis de la persistencia temporal debe centrarse en la estabilidad del núcleo esencial del relato, entendiendo por tal aquellos elementos que definen la estructura básica del hecho denunciado: la existencia del acto, su naturaleza, la identificación del agresor y las circunstancias fundamentales en que se produjo. Las divergencias en detalles accesorios –como precisiones temporales, secuencias secundarias o descripciones contextuales– deben ser evaluadas con cautela, evitando su sobredimensionamiento como indicadores automáticos de mendacidad.

En este punto, resulta especialmente relevante incorporar el conocimiento empírico disponible sobre los efectos del trauma en la memoria y en la narración. La literatura especializada ha puesto de relieve que fenómenos tales como la fragmentación del recuerdo, la aparición tardía de detalles o las variaciones en la forma de relatar un mismo suceso responden a mecanismos psicológicos esperables en situaciones de alta carga emocional. Ignorar estos patrones no solo implica un déficit epistémico, sino que introduce un sesgo estructural en la valoración probatoria, al exigir a la víctima un estándar de consistencia que no se corresponde con el funcionamiento real de la memoria humana.

En consecuencia, la persistencia temporal no debe concebirse como una exigencia de repetición mecánica del relato, sino como un criterio de estabilidad razonable del contenido esencial del testimonio. Su función no es verificar una supuesta fidelidad literal, sino contribuir a la evaluación de la plausibilidad global de la hipótesis fáctica, en conjunto con los restantes indicadores de fiabilidad.

Así entendida, la persistencia temporal se integra en un análisis comparativo de hipótesis, en el que lo relevante no es la ausencia de toda variación, sino la inexistencia de inconsistencias sustanciales que debiliten la capacidad explicativa del relato frente a alternativas plausibles. De este modo, el criterio contribuye a reforzar la racionalidad de la decisión judicial, al permitir distinguir entre variaciones compatibles con la experiencia empírica y contradicciones que efectivamente comprometen la verosimilitud del testimonio.

3. **Compatibilidad con el contexto**

El tercer criterio para la evaluación de la fiabilidad del testimonio se vincula con su compatibilidad con el contexto, entendida como su grado de integración con los datos externos disponibles y con el conocimiento empírico general sobre situaciones análogas. Este parámetro introduce una dimensión relacional en el análisis probatorio, al situar el testimonio en conexión con su entorno fáctico, social y psicológico.

A diferencia de los criterios anteriores –centrados en la estructura interna y en la evolución temporal del relato–, la compatibilidad contextual exige evaluar el testimonio en diálogo con elementos externos, tales como indicios periféricos, comportamientos posteriores, condiciones del entorno o patrones típicos de interacción en contextos de violencia sexual. Ello no implica exigir corroboración directa en sentido estricto –lo que, como se ha señalado, resultaría muchas veces imposible–, sino verificar que el relato no se encuentre en contradic-

ción con los datos objetivamente constatables ni con regularidades empíricas suficientemente asentadas.

En este sentido, la noción de «corroboración periférica» adquiere particular relevancia. Se trata de aquellos elementos indirectos que, sin confirmar de manera autónoma el hecho principal, contribuyen a reforzar su plausibilidad: comunicaciones previas o posteriores, cambios conductuales de la víctima, testimonios de terceros sobre circunstancias contextuales, informes periciales o cualquier otro indicio que permita situar el relato dentro de un marco explicativo coherente. La fuerza de estos elementos no reside en su valor aislado, sino en su capacidad para integrarse en una red inferencial que sostenga la hipótesis fáctica de manera consistente.

No obstante, esta examinación debe realizarse con especial cautela para evitar la introducción de sesgos derivados de expectativas sociales o estereotipos. La exigencia de compatibilidad no puede traducirse en la imposición de modelos normativos de comportamiento –como la denuncia inmediata o la resistencia física–, sino que debe apoyarse en conocimiento empírico validado. En este punto, la literatura sobre sesgos cognitivos ha advertido que el uso acrítico de «patrones típicos» puede derivar en errores sistemáticos de valoración (Kahneman, 2011).

En esta línea de análisis, la compatibilidad contextual cumple una doble función: por un lado, permite reforzar la plausibilidad del relato al integrarlo en un entramado de indicios convergentes; por otro, actúa como un mecanismo de control frente a inferencias arbitrarias, al exigir que toda conclusión probatoria sea coherente con el conjunto de la evidencia disponible y con patrones empíricos confiables.

En última instancia, este criterio se inscribe en una concepción de la prueba como proceso de construcción de la mejor explicación disponible, y por lo tanto, la compatibilidad con el contexto no constituye una exigencia accesoria, sino un elemento central para asegurar que la valoración probatoria se mantenga dentro de los márgenes de la racionalidad y el control intersubjetivo.

V. PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO HERRAMIENTA EPISTÉMICA

En función de la propuesta que vengo sosteniendo, la perspectiva de género debe entenderse como una herramienta epistemológica orientada a depurar el proceso de inferencia judicial y no como una presunción de veracidad ni como un atajo procedimental. Su aporte principal consiste en revelar y corregir sesgos cognitivos, culturales y

jurídicos que distorsionan la interpretación de la prueba y que históricamente han llevado a desestimar, trivializar o criminalizar indebidamente ciertas formas de victimización.

De hecho, incorporar perspectiva de género no introduce un privilegio probatorio, sino que corrige distorsiones sistemáticas en la valoración del testimonio, especialmente en contextos de subordinación o violencia estructural. En este sentido, Mary Childs y Louise Ellison advierten que su ausencia no genera neutralidad, sino un sesgo no reconocido que perpetúa patrones androcéntricos de evaluación de la credibilidad (2000). Esta idea se articula con la tesis de Frederick Schauer, para quien los estereotipos operan como atajos inferenciales que erosionan la precisión del razonamiento al introducir supuestos empíricamente injustificados, comprometiendo así la calidad de la decisión.

Ahora bien, esta función correctiva no puede ser reducida a un criterio interpretativo auxiliar ni a una mera directriz de política judicial. Su incorporación debe comprenderse en un plano más profundo: el de las condiciones de posibilidad del conocimiento jurídico. En efecto, si –como ha señalado Joan Scott (1986)– el género constituye una categoría analítica que organiza relaciones de poder y estructura los modos de significación social, su omisión no produce neutralidad, sino una forma específica de opacidad epistemológica.

En esta lógica, la valoración de la prueba en delitos contra la libertad sexual no se desarrolla en un vacío cognitivo, sino dentro de marcos de inteligibilidad históricamente construidos. En línea con Michel Foucault (2007), todo régimen de verdad se sostiene en prácticas discursivas que delimitan qué puede ser dicho, creído y validado como conocimiento. En el ámbito judicial, estos marcos operan como presupuestos tácitos que condicionan la plausibilidad de los relatos y la interpretación de la evidencia, muchas veces sin ser advertidos por el propio decisor.

La perspectiva de género interviene precisamente en ese nivel prereflexivo del razonamiento, permitiendo problematizar aquellas «máximas de experiencia» que, lejos de constituir regularidades empíricas, reproducen esquemas normativos sedimentados. Como sostiene Marcela Lagarde (1996), se trata de visibilizar estructuras simbólicas que naturalizan desigualdades y condicionan la percepción de los hechos, particularmente en contextos de violencia. En la misma línea, Marta Lamas (2002) advierte que el género no es un atributo individual, sino una construcción social que atraviesa prácticas, discursos e instituciones, incluyendo el Derecho, lo que impide considerar como universales criterios de valoración que responden a experiencias históricamente situadas.

Desde el punto de vista epistemológico, esta operación puede entenderse como una crítica a la ilusión de objetividad ingenua. En línea con Hugo Zemelman (1992), el conocimiento no constituye una mera reproducción de la realidad, sino una construcción mediada por horizontes de sentido que deben ser sometidos a revisión crítica. Aplicado al razonamiento probatorio, ello implica reconocer que la valoración de la prueba no depende exclusivamente de la evidencia disponible, sino también de los marcos interpretativos que orientan su lectura.

En consecuencia, la perspectiva de género funciona como un mecanismo de desnaturalización del sentido común jurídico, obligando a someter a escrutinio aquellas premisas que operan como evidentes. Lejos de introducir un sesgo, este enfoque permite identificar los sesgos preexistentes que estructuran el razonamiento y que, de no ser problematizados, se integran de manera invisible en la decisión judicial.

Tratarla entonces como un imperativo meramente político o como una regla probatoria automática resulta tanto conceptual como normativamente problemático: no solo vacía su potencial crítico, sino que expone el proceso a objeciones de arbitrariedad.

Correctamente entendida, la perspectiva de género no debilita las exigencias de justificación racional; por el contrario, las intensifica, en tanto exige no solo fundamentar la conclusión alcanzada, sino también explicitar y justificar las condiciones bajo las cuales dicha conclusión ha sido considerada plausible.

1. **Eliminación de estereotipos en la valoración probatoria**

La perspectiva de género opera, en su núcleo, como un mecanismo de depuración del razonamiento probatorio orientado a excluir estereotipos empíricamente infundados o no verificados. No se trata de introducir un sesgo inverso, sino de remover del proceso de inferencia aquellas creencias socialmente sedimentadas que simulan conocimiento sin satisfacer estándares mínimos de validación. En este sentido, la valoración de la prueba no es –ni puede ser– epistemológicamente «pura»: se encuentra inevitablemente atravesada por marcos interpretativos previos, y es precisamente allí donde la perspectiva de género cumple una función crítica de control.

Empero, la eliminación de estereotipos no puede ser concebida únicamente como una tarea de corrección de prejuicios individuales. Se trata, antes bien, de un problema estructural vinculado a la producción social del conocimiento. Los estereotipos no operan como meros

errores cognitivos aislados, sino como formas estabilizadas de sentido que organizan la percepción, delimitan lo relevante y condicionan la interpretación de la realidad. En términos de Cornelius Castoriadis (2004), las sociedades instituyen imaginarios que configuran lo pensable y lo decible; trasladado al ámbito jurídico, ello implica que los criterios de verosimilitud, coherencia o credibilidad no son neutros, sino que se encuentran históricamente mediados por concepciones normativas, particularmente intensas en materia de sexualidad y género.

Sucede al respecto que los estereotipos no solo distorsionan la valoración de la prueba, sino que prefiguran las condiciones mismas bajo las cuales un relato puede ser reconocido como verdadero. Como advierte Marina Burin (1994), las subjetividades se constituyen en marcos simbólicos que condicionan tanto la experiencia como su narración, lo que adquiere especial relevancia en contextos de violencia, donde las formas de relatar no necesariamente se ajustan a las expectativas culturales de linealidad, coherencia o reacción emocional.

En este marco, la distinción entre estereotipos descriptivos y normativos adquiere una profundidad analítica mayor. Los primeros no son simples generalizaciones falsas, sino construcciones que aparentan empiricidad sin respaldo verificable; los segundos, por su parte, imponen modelos de comportamiento que delimitan las formas legítimas de expresión. Ambos operan como dispositivos de exclusión epistémica: aquello que no se ajusta al patrón esperado es descartado no por insuficiencia probatoria, sino por falta de reconocimiento dentro de los esquemas interpretativos dominantes (Arena, 2019).

La consecuencia de este fenómeno es doble. Por un lado, se introducen exigencias implícitas que elevan artificialmente el estándar de prueba –al exigir comportamientos «típicos» carentes de base empírica–; por otro, se restringe la capacidad del sistema para evaluar hipótesis alternativas, en tanto las premisas de partida ya orientan el resultado del razonamiento. De este modo, la distorsión no se limita al momento valorativo, sino que afecta la estructura misma del proceso inferencial.

En esta línea, la literatura ha mostrado con claridad que muchas decisiones judiciales descartan relatos por no ajustarse a modelos idealizados de reacción emocional o conductual, confundiendo variación testimonial con mendacidad. Como señalan Di Corleto y Piqué (2017), esta confusión constituye uno de los errores más persistentes en la valoración de testimonios en violencia de género. La perspectiva de género, entendida en clave epistemológica, corrige este déficit al exigir que toda evaluación se base en evidencia empírica y no en expectativas normativas simplificadas.

Asimismo, debe advertirse que los estereotipos no solo inciden en la valoración final del testimonio, sino también en la producción misma de la prueba. Tal como destacan Mary Childs y Louise Ellison (2000), estos sesgos afectan la formulación de preguntas, la dirección de la investigación y los modos de registro de las declaraciones, generando una contaminación que precede a la decisión judicial.

Esta problemática se articula con la función general de las reglas probatorias como mecanismos de regulación del razonamiento. Como sostiene Hock Lai Ho (2008), dichas reglas buscan precisamente impedir que intuiciones espontáneas –frecuentemente sesgadas o emocionalmente cargadas– se infiltren en la decisión. En delitos sexuales, dadas sus particularidades, esta exigencia adquiere una intensidad reforzada: la «sana crítica» no puede operar como refugio de intuiciones, sino como un método explícito, controlable y auditado de argumentación racional, en el que la validez de la conclusión depende de la trazabilidad inferencial del razonamiento.

En este contexto, el aporte de Frederick Schauer (2003) resulta particularmente esclarecedor: muchas generalizaciones que operan en el razonamiento judicial, aunque revestidas de apariencia empírica, carecen de base estadística o validación suficiente, constituyendo factores espurios que deterioran la calidad inferencial. En el ámbito de los delitos sexuales, prejuicios como la supuesta tendencia a la denuncia falsa, la exigencia de resistencia física o la desconfianza ante el silencio posterior encajan precisamente en esta categoría.

Frente a ello, la perspectiva de género no propone sustituir un conjunto de generalizaciones por otro, sino suspender la validez automática de aquellas premisas que no han sido sometidas a contraste empírico. En términos de Max Scheler, la comprensión de la experiencia ajena requiere una apertura que no puede ser reemplazada por esquemas preconcebidos, lo que en el ámbito probatorio se traduce en una exigencia de revisión crítica de las bases mismas del juicio.

Desde el punto de vista del razonamiento probatorio, esto implica reinterpretar la «sana crítica» como un método de control no solo de las inferencias, sino también de las premisas que las sustentan. La racionalidad de la decisión judicial no dependerá exclusivamente de su estructura lógica, sino de la calidad epistémica de los supuestos sobre los cuales se construye. En consecuencia, la eliminación de estereotipos no constituye una exigencia externa al proceso, sino una condición interna de su validez: sin esa depuración, el estándar de prueba se degrada, la evaluación de hipótesis se distorsiona y el ejercicio del poder punitivo pierde su fundamento racional.

2. **Perspectiva de género: Tipología de estereotipos y neutralización de sesgos cognitivos**

Para dotar de operatividad real a este enfoque, no basta con identificar los estereotipos más frecuentes, sino que resulta imprescindible comprender el modo en que estos inciden estructuralmente en el proceso de construcción de sentido dentro del razonamiento judicial. En efecto, los estereotipos no funcionan únicamente como errores puntuales en la valoración, sino como marcos previos que condicionan tanto la percepción del hecho como su posterior evaluación. En este nivel más profundo, operan como verdaderas matrices de inteligibilidad que delimitan qué experiencias son reconocidas como violencia y cuáles quedan fuera del campo de lo verosímil. La fenomenología del trauma, tal como ha sido desarrollada por la psicología contemporánea, demuestra que las vivencias de violencia no se traducen necesariamente en relatos lineales, cronológicamente ordenados o emocionalmente consistentes.

Por consiguiente, resulta necesario desglosar los sesgos que operan con mayor frecuencia en la justicia penal, en particular aquellos vinculados al comportamiento y la fenomenología del trauma. Este conjunto de estereotipos impone un modelo idealizado y rígido de «víctima verdadera», desconociendo los aportes de la psicología forense y la neurobiología del trauma (Schacter, 1996). La exigencia de resistencia física constituye un ejemplo paradigmático: subsiste el prejuicio de que una agresión sexual debe dejar huellas visibles de oposición, cuando la evidencia empírica demuestra que, ante situaciones de pánico extremo o asimetría de poder, es frecuente la aparición de respuestas de parálisis o «inmovilidad tónica». En consecuencia, la ausencia de resistencia no puede ser interpretada como un indicador lógico de consentimiento (Di Corleto & Piqué, 2017). De igual modo, la demora en la revelación del hecho suele ser leída como un signo de mendacidad, ignorando factores estructurales como la vergüenza, el temor a la estigmatización o la dependencia emocional o económica respecto del agresor, que explican la postergación de la denuncia (Cook & Cusack, 2010). A ello se suma la sanción implícita de las denominadas «incongruencias emocionales post-facto», mediante las cuales se deslegitiman conductas que no se ajustan a un modelo esperado de reacción, como el mantenimiento de vínculos con el agresor en contextos familiares o laborales. En todos estos supuestos, lo que se verifica no es una evaluación racional de la prueba, sino la imposición de un patrón normativo de comportamiento que carece de correlación con la veracidad del hecho denunciado.

Esta lógica se proyecta, a su vez, sobre los estereotipos relativos a la credibilidad, configurando lo que puede denominarse una sospecha estructural. Históricamente, el testimonio de las mujeres en delitos sexuales ha sido recibido bajo una presunción implícita de desconfianza, anclada en mitos culturales persistentes (Childs & Ellison, 2000). La idea de la denuncia instrumental –según la cual la víctima actuaría movida por intereses espurios, como obtener ventajas en conflictos familiares o satisfacer deseos de venganza– ubica indebidamente el foco en la moralidad de la denunciante, introduciendo exigencias de «pureza» que no se verifican en otros ámbitos del Derecho penal (Cook & Cusack, 2010). Asimismo, la utilización del historial sexual previo como elemento de valoración constituye un razonamiento carente de relevancia lógica, que reactiva prejuicios discriminatorios y degrada el estándar probatorio (Childs & Ellison, 2000).

Desde una perspectiva más amplia, estos fenómenos pueden ser comprendidos como formas de objetivación del sujeto declarante, en tanto su testimonio deja de ser evaluado en función de su contenido para ser filtrado a través de categorías identitarias predefinidas. En términos filosóficos, ello implica una reducción de la subjetividad a esquemas estereotipados que condicionan la recepción de su palabra, profundizando el análisis según la identidad de quien lo emite, y no desde la consistencia del relato. Ello introduce un criterio ajeno a la lógica de la prueba y afecta directamente el principio de igualdad en la valoración de los testimonios.

A su vez, estos estereotipos se articulan con mecanismos más generales de simplificación cognitiva propios del razonamiento humano. En el ámbito judicial, esta economía del razonamiento puede manifestarse en la adopción acrítica de narrativas socialmente plausibles o en la tendencia a confirmar hipótesis iniciales sin un examen riguroso de alternativas. Los estereotipos funcionan, en este sentido, como atajos cognitivos que permiten resolver la incertidumbre de manera rápida, pero a costa de sacrificar precisión y profundidad analítica.

Frente a este entramado, la perspectiva de género se configura como un verdadero garante de la neutralidad y el rigor, en tanto no introduce un sesgo adicional, sino que busca desactivar los sesgos preexistentes que distorsionan el proceso inferencial. Lejos de implicar una presunción de veracidad, su aplicación exige que el testimonio sea evaluado conforme a criterios técnicos tales como la coherencia narrativa, la persistencia en el tiempo y la corroboración periférica, pero libres de interferencias culturales (Ferrer Beltrán, 2021). En términos epistemológicos, su función no se agota en la justificación de las conclusiones alcanzadas, sino que se proyecta sobre el análisis crí-

tico de las premisas que las sostienen. Se trata, en definitiva, de hacer visible aquello que opera como implícito, sometiéndolo a control racional. Solo a partir de esta doble exigencia –la validación de la inferencia y la depuración de sus presupuestos– puede afirmarse que la valoración probatoria responde a un modelo genuinamente racional. En este sentido, la racionalidad probatoria exige que las hipótesis se confirmen mediante pruebas y no mediante prejuicios que simulan ser conocimiento experto (Gascón Abellán, 2020), de modo tal que la motivación judicial alcance el nivel de transparencia y control intersubjetivo propio de un Estado de Derecho.

VI. OBJECIONES Y CONTRA ARGUMENTOS

El debate sobre la fiabilidad del testimonio en los delitos contra la libertad sexual se encuentra atravesado por una serie de objeciones que, aun cuando difieren en su formulación, comparten una preocupación subyacente: la eventual afectación de la racionalidad probatoria ante la centralidad del relato de la víctima. Sin embargo, buena parte de estas críticas descansa sobre presupuestos discutibles, en la medida en que presuponen un modelo de conocimiento desvinculado de las condiciones sociales en que se produce y se interpreta la evidencia.

En efecto, el análisis probatorio no puede concebirse como una operación neutra ni como un mero ejercicio lógico-formal. Tal como ha sido señalado desde enfoques críticos de la epistemología, el conocimiento jurídico no se limita a reflejar una realidad dada, sino que se construye a partir de marcos de interpretación que delimitan qué hechos resultan cognoscibles, qué relatos son plausibles y qué inferencias se consideran aceptables (Zemelman, 1992; De la Garza, 1988). Por eso resulta dable afirmar que las objeciones al testimonio único suelen ignorar que la propia exigencia de corroboración externa, en determinados contextos, no responde a un criterio universal de racionalidad, sino a una expectativa construida sobre la base de modelos típicos de producción de prueba que no se verifican en los delitos sexuales.

Una de las críticas más extendidas sostiene que el testimonio único resulta, por definición, insuficiente para satisfacer el estándar de prueba penal. Sin embargo, esta objeción confunde cantidad con calidad probatoria. La suficiencia no depende de la multiplicidad de fuentes, sino de la capacidad del material probatorio para sostener una hipótesis explicativa robusta, capaz de integrar los datos disponibles sin generar inconsistencias relevantes (Ferrer Beltrán, 2007; González Lagier, 2019). En este sentido, exigir corroboración material en

supuestos donde estructuralmente no se produce equivale a imponer una condición de verificabilidad que no se corresponde con la naturaleza del fenómeno, introduciendo así una exigencia epistémicamente desajustada (Arena, 2019).

Por otro lado, esta discusión no puede desvincularse de una cuestión más profunda: las condiciones de producción del conocimiento en el ámbito judicial. Como ha puesto de relieve la epistemología crítica, el objeto de conocimiento no es una entidad independiente que se presenta de manera transparente al sujeto cognoscente, sino una construcción que emerge de la interacción entre evidencia, categorías conceptuales y marcos de sentido (Zemelman, 2012). En términos de este autor, el conocimiento supone una «exigencia de objetividad» que no se agota en la acumulación de datos, sino que requiere una reflexión crítica sobre los propios esquemas de interpretación que organizan la experiencia (Zemelman, 1992).

Lo cierto es que, en el campo específico de los delitos sexuales, estos esquemas han estado históricamente atravesados por imaginarios sociales que condicionan la percepción de los hechos. En línea con lo señalado por Castoriadis, las sociedades instituyen significaciones que delimitan lo pensable y lo decible (Castoriadis, 2004). En el ámbito jurídico, estas significaciones se traducen en criterios implícitos sobre la credibilidad, la coherencia y la verosimilitud de los relatos. Así, muchas de las objeciones dirigidas al testimonio de la víctima no se apoyan en datos empíricos verificables, sino en expectativas normativas sobre cómo «debería» comportarse una persona en tales circunstancias.

Por tanto, la crítica que advierte sobre un supuesto «sesgo inverso» derivado de la incorporación de la perspectiva de género revela un equívoco conceptual. No se trata de sustituir un conjunto de prejuicios por otro, sino de someter a escrutinio aquellas premisas que operan como evidentes sin haber sido contrastadas empíricamente. La perspectiva de género, en este sentido, no introduce una regla de decisión, sino que interviene en el nivel de las condiciones de inteligibilidad del razonamiento, permitiendo identificar los sesgos que ya estructuran la valoración probatoria (Scott, 1986; Lagarde, 1996; Lamas, 2002). Ignorar esta dimensión no produce neutralidad, sino una forma específica de opacidad epistémica (Foucault, 2007).

Otra objeción frecuente sostiene que la exigencia de racionalidad en estos casos conduciría a un ideal inalcanzable, en la medida en que la ausencia de prueba directa impediría satisfacer el estándar penal sin recurrir a elementos subjetivos. Sin embargo, este argumento descansa en una concepción errónea del estándar de prueba, entendido como una exigencia de certeza absoluta. La racionalidad probatoria

no requiere eliminar toda duda imaginable, sino justificar por qué las hipótesis alternativas carecen de plausibilidad suficiente a la luz de la evidencia disponible (Ferrer Beltrán, 2021). En este marco, el testimonio puede constituir un elemento decisivo siempre que su integración en el razonamiento permita sostener una explicación más consistente que las alternativas.

Particular relevancia adquiere, en este punto, la crítica que pone en cuestión la fiabilidad del testimonio a partir de supuestas limitaciones psicológicas derivadas del trauma. Este argumento, lejos de apoyarse en evidencia científica sólida, reproduce estereotipos históricos sobre la fragilidad o la mendacidad de las víctimas (Cook & Cusack, 2010). La investigación en psicología cognitiva ha demostrado, por el contrario, que la memoria no opera como un registro lineal y estático, sino como un proceso reconstructivo, especialmente en contextos de alta carga emocional (Schacter, 1996). La fragmentación del recuerdo, las variaciones en detalles periféricos o la demora en la revelación no constituyen indicadores de falsedad, sino manifestaciones compatibles con el funcionamiento normal de la memoria.

Más aún, desde una perspectiva que incorpore los aportes de los estudios de género, resulta necesario considerar que la experiencia misma del hecho –y su posterior narración– se encuentra mediada por procesos de subjetivación. Las identidades y las formas de expresar la experiencia no son naturales, sino que se configuran en marcos simbólicos y relacionales que condicionan tanto la vivencia como su relato (Burin, 1994; Meler, 2012). Ignorar esta dimensión implica evaluar el testimonio a partir de modelos abstractos que no se corresponden con la realidad social de las víctimas.

Finalmente, la objeción que alude a la posible influencia de factores sociales o políticos en la decisión judicial tampoco resiste un análisis detenido. Precisamente porque el razonamiento probatorio se desarrolla en un entorno atravesado por múltiples condicionamientos, las reglas de la prueba exigen un nivel elevado de explicitación y control de las inferencias (Ho, 2008). Lejos de debilitar esta exigencia, la incorporación de herramientas críticas –como la perspectiva de género– refuerza la necesidad de fundamentar cada paso del razonamiento, haciendo visibles las premisas y evitando que operen de manera implícita (Gascón Abellán, 2020).

En virtud de lo expuesto, me permito afirmar que las objeciones analizadas no logran desvirtuar la centralidad del testimonio en este tipo de delitos, sino que ponen de relieve la necesidad de un enfoque probatorio más sofisticado. La cuestión no radica en otorgar o negar credibilidad en abstracto, sino en evaluar la capacidad del relato para

integrarse en una reconstrucción fáctica coherente, sometida a un control racional de sus premisas y de sus inferencias. La eliminación de estereotipos no implica flexibilizar el estándar de prueba, sino garantizar que su aplicación no se vea distorsionada por supuestos no justificados. En este sentido, la racionalidad probatoria no se agota en la estructura lógica del razonamiento, sino que exige también una revisión crítica de las condiciones bajo las cuales ese razonamiento se construye.

VII. CONCLUSIÓN

El recorrido desarrollado a lo largo de este trabajo permite sostener, con mayor densidad argumentativa, que el problema probatorio en los delitos contra la libertad sexual no reside en un déficit de reglas ni en la necesidad de excepciones, sino en las condiciones bajo las cuales se construye y se justifica el conocimiento judicial. En este sentido, el objetivo propuesto en la introducción no solo ha sido alcanzado, sino que puede ahora reformularse en términos más exigentes: no se trata únicamente de demostrar que es posible una valoración racional del testimonio único, sino de precisar cuáles son las condiciones epistémicas que hacen posible –o, en su caso, impiden– esa racionalidad.

Una primera conclusión relevante es que la centralidad del testimonio de la víctima no constituye una anomalía del sistema probatorio, sino una consecuencia estructural del tipo de hechos que se investigan. La clandestinidad, la ausencia de terceros, la frecuencia de contextos relacionales asimétricos y las dinámicas propias del trauma configuran un escenario en el que la prueba directa suele ser escasa o inexistente. Pretender resolver este dato estructural mediante exigencias de corroboración externa rígidas o mediante estándares implícitos de prueba reforzada no solo resulta conceptualmente incorrecto, sino que introduce una distorsión sistemática en la aplicación del estándar de duda razonable (Ferrer Beltrán, 2007; González Lagier, 2019). La racionalidad probatoria, tal como se ha desarrollado, no exige cantidad de evidencia, sino suficiencia justificativa en términos de capacidad explicativa de la hipótesis acusatoria frente a las alternativas plausibles.

Ahora bien, esa suficiencia no puede evaluarse en abstracto ni mediante apelaciones a la convicción subjetiva del juzgador. Una de las aportaciones centrales del trabajo ha sido desplazar el eje desde la credibilidad entendida como impresión psicológica hacia la fiabilidad concebida como resultado de un proceso inferencial controlable. En esta línea, la fiabilidad del testimonio no aparece como un atributo inherente

al declarante, sino como una propiedad emergente del razonamiento judicial, que debe articular criterios como la coherencia interna, la persistencia temporal y la compatibilidad con el contexto en una estructura argumentativa explícita y verificable. Esta concepción se inscribe en una tradición que entiende la prueba como construcción de la mejor explicación disponible (Ferrer Beltrán, 2021), lo que implica que la validez de la decisión depende tanto de la calidad de las inferencias como de la depuración de las premisas que las sostienen.

Es precisamente en este último punto donde la perspectiva de género adquiere su verdadero alcance teórico. Lejos de operar como una regla de preferencia o como un criterio de validación anticipada del testimonio, su función se sitúa en el plano de las condiciones de posibilidad del conocimiento jurídico. Tal como se ha argumentado a partir de Scott (1986), Foucault (2007) y Lagarde (1996), la valoración de la prueba no se desarrolla en un vacío cognitivo, sino en el interior de marcos de inteligibilidad históricamente configurados que determinan qué relatos resultan plausibles y cuáles son descartados. La omisión de esta dimensión no genera neutralidad, sino una forma de opacidad que permite la reproducción inadvertida de sesgos estructurales.

En consecuencia, la perspectiva de género debe ser entendida como un instrumento de desnaturalización del sentido común jurídico. Su aporte no consiste en sustituir un conjunto de prejuicios por otro, sino en suspender la validez automática de aquellas «máximas de experiencia» que no han sido sometidas a contraste empírico. En este punto, la articulación con autores como Castoriadis (2004) y Burin (1994) permite profundizar la idea de que los estereotipos no son meros errores individuales, sino formas socialmente instituidas de sentido que organizan la percepción y condicionan tanto la experiencia como su narración. La eliminación de estereotipos no es una exigencia externa al proceso, sino una condición interna de su racionalidad: una decisión no será verdaderamente justificada si descansa sobre premisas implícitas no examinadas.

Esta conclusión permite, a su vez, responder de manera más robusta a las objeciones analizadas. En primer lugar, la crítica que niega la suficiencia del testimonio único se revela infundada cuando se comprende que el estándar de prueba penal no es cuantitativo, sino cualitativo. En segundo lugar, la objeción del «sesgo inverso» pierde consistencia al advertir que la perspectiva de género no introduce nuevas presunciones, sino que elimina fuentes de error previamente naturalizadas. En tercer lugar, la idea de un ideal racionalista inalcanzable se disuelve cuando se reconoce que la exigencia probatoria no apunta a la certeza absoluta, sino a la justificación intersubjetivamente con-

trolable de la hipótesis más plausible. Finalmente, las objeciones basadas en supuestas debilidades del testimonio derivadas del trauma quedan refutadas en virtud de la evidencia empírica sobre memoria, que muestra que la fragmentación o variabilidad narrativa no son indicadores de mendacidad (Schacter, 1996).

A partir de todo lo anterior, puede afirmarse que la tensión entre garantías del imputado y derechos de las víctimas no es inherente al sistema, sino que surge cuando la valoración probatoria se apoya en presupuestos erróneos o no explicitados. Un razonamiento probatorio depurado –esto es, consciente de sus propios condicionamientos, riguroso en la construcción de inferencias y transparente en su motivación– permite compatibilizar ambos planos sin necesidad de sacrificar ninguno. En otros términos, la protección de las víctimas no exige debilitar el estándar penal, sino aplicarlo correctamente, es decir, sin interferencias derivadas de estereotipos o intuiciones no justificadas.

Desde una perspectiva más propositiva, el trabajo permite identificar algunas líneas de fortalecimiento institucional que se desprenden lógicamente del enfoque adoptado. Entre ellas, cabe destacar: (i) la necesidad de una motivación reforzada en supuestos de prueba preponderantemente testimonial, que explicite el análisis comparativo de hipótesis; (ii) la incorporación sistemática de conocimientos provenientes de la psicología del testimonio y del trauma en la formación judicial; (iii) la revisión crítica de las llamadas «máximas de experiencia» utilizadas en la argumentación probatoria; (iv) la adopción de protocolos de investigación que eviten la contaminación estereotipada en la producción de la prueba; y (v) la consolidación de una cultura jurídica orientada al control intersubjetivo del razonamiento, más que a la deferencia hacia la convicción interna del juzgador.

En definitiva, la tesis que atraviesa este trabajo puede formularse en los siguientes términos: los delitos contra la libertad sexual no requieren un Derecho penal de excepción, sino un Derecho penal epistémicamente exigente. La legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* en este ámbito no depende de la adopción de reglas especiales ni de la flexibilización de garantías, sino de la capacidad del sistema para producir decisiones fundadas en razones, susceptibles de control y libres de interferencias indebidas. Solo un modelo de valoración probatoria que asuma esta exigencia –que justifique no solo sus conclusiones, sino también las premisas que las hacen posibles– puede responder adecuadamente a la complejidad de estos casos sin comprometer los principios estructurales del Estado de Derecho.

La conclusión, por tanto, no es únicamente metodológica, sino también normativa: la racionalidad probatoria, entendida como prác-

tica argumentativa rigurosa, transparente y críticamente informada, constituye la condición de posibilidad de una justicia penal que sea, al mismo tiempo, garantista y sensible a las dinámicas reales de la violencia sexual. Allí donde el razonamiento se somete a control, los estereotipos pierden eficacia; y allí donde los estereotipos son neutralizados, el estándar de prueba puede operar en su sentido más pleno: como límite al poder punitivo y como garantía de decisiones verdaderamente justificadas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Arena, F., (2019), *Estereotipos y prueba: Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos*, Marcial Pons.

Brevis-Cartes, P., (2025), «La contribución de una hermenéutica feminista en la interpretación del derecho», *European Public & Social Innovation Review*, 10(4).

Burin, M., (1994), *Género, Psicoanálisis, Subjetividad*. Paidós.

Cánovas Marmo, J., (2024), *Objetividad y sesgos en la valoración probatoria*.

Castoriadis, C., (2004), *La institución imaginaria de la sociedad*, Tusquets.

Childs, M., y Ellison, L., (2000), *Feminist Perspectives on Evidence*, Cavendish Publishing.

Cook, R. J., y Cusack, S., (2010), *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press.

De la Garza, E., (1988), *Hacia una metodología de la reconstrucción*, UNAM.

DePaulo, B. M., et al., (2003), «Cues to Deception», *Psychological Bulletin*, 129(1), 74-118.

Di Corleto, J., y Piqué, M. L., (2017), *Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género*, Defensoría General de la Nación.

Fernández Vargas, M. A., (2022), «Algunos temas clásicos de la epistemología». En J. Lariguet y G. González Lagier (Eds.), *Filosofía: Una introducción para juristas* (pp. 199-240). Trotta.

Ferrajoli, L., (2005), *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta.

Ferrer Beltrán, J., (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons.

— (2021), *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons.

Foucault, M., (2007), *Nacimiento de la biopolítica*, Fondo de Cultura Económica.

Fricker, M., (2007), *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford University Press.

Gascón Abellán, M., (2022), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons.
González Lagier, D., (2019), *Razonamiento probatorio*. Marcial Pons.
Ho, H. L., (2008), *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press.
Kahneman, D., (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux.
Lagarde, M., (1996), *Género y feminismo: Desarrollo humano y democracia. Horas y Horas.*
Lamas, M., (2002), *Cuerpo: diferencia sexual y género*, Taurus.
Meler, I., (2012), *Psicoanálisis y género*, Paidós.
Nieva Fenoll, J., (2018), *La valoración de la prueba*, Marcial Pons.
Pastor, D., (2005), *La nueva crítica de la razón penal*, Ad-Hoc.
Paz Contreras, N., y Corvalán, A., (2025), «El testimonio de la víctima como única prueba en los delitos de violencia sexual: Una mirada a la justicia epistémica de la mujer», *Derecho Penal y Criminología*, 46(121), 267-286.
Ramírez Ortiz, J. L., (2020), «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (1), 201-246.
Roxin, C., (2000), *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto.
Sancinetti, M. A., (2013), «Testimonio único y principio de la duda, Revista para el Análisis del Derecho», *InDret*.
Schacter, D. L., (1996), *Searching for Memory: The Brain, the Mind, and the Past*. Basic Books.
Schauer, F., (2003), *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard University Press.
Scott, J. W., (1986), «Gender: A Useful Category of Historical Analysis», *The American Historical Review*, 91(5), 1053-1077.
Taruffo, M., (2008), *La prueba*, Marcial Pons.
— (2010), *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
Zemelman, H., (1992), *Los horizontes de la razón*, Anthropos.
— (2012), *Configuraciones críticas*. Siglo XXI.

Actitudes feministas y firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer a nivel individual. Un contraste de dos hipótesis opuestas

ALFONSO SERRANO MAÍLLO
Catedrático de Universidad. Profesor de Teoría criminológica. UNED

RESUMEN

En este artículo principalmente se contrastan dos hipótesis opuestas entre sí derivadas ambas del feminismo: que las actitudes feministas se asocian a nivel individual bien con actitudes frente al delito más firmes o bien menos firmes. Ambas hipótesis se derivan de movimientos feministas teóricos y prácticos como el feminismo de la dominación el primero y la ética del cuidado o la desconfianza hacia el Sistema de Administración de Justicia el segundo. Para el contraste utilizamos datos españoles del estudio 3.393 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), que permite estimar la firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer, así como una firmeza en términos más generales, no constreñidos ni por el sexo de la víctima ni por la naturaleza sexual del hecho. Análisis multivariados de regresión lineal y logística muestran para ambas variables respuesta una asociación positiva entre actitudes feministas y actitudes más firmes frente al delito. Estos análisis controlan el efecto de factores relevantes y sus asunciones son evaluadas y se estudia el alcance de sus infracciones. En el trabajo se contrastan otras conjeturas adicionales. Tanto los hallazgos como sus limitaciones son debatidos. El artículo discute finalmente el rol de la ambivalencia en la explicación de la firmeza a nivel individual.

Palabras clave: *actitudes feministas; punitividad; firmeza frente al delito; ambivalencia respecto al castigo; victimación sexual.*

ABSTRACT

This article primarily tests two opposing hypotheses, both derived from feminism: that feminist attitudes at the individual level are associated either with firmer attitudes toward crime or with less firm ones. These competing hypotheses stem respectively

from theoretical and practical feminist movements such as dominance feminism, on the one hand, and the ethics of care or distrust toward the Criminal Justice System, on the other. To test these hypotheses, we use Spanish data from Study 3,393 conducted by the Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), which allows us to estimate firmness toward sexual violence against women, as well as more general forms of firmness not constrained either by the victim's sex or by the sexual nature of the offense. Multivariate linear and logistic regression analyses show, for both dependent variables, a positive association between feminist attitudes and firmer attitudes toward crime. These analyses control for the effects of relevant factors; their assumptions are assessed, and the implications of assumption violations are examined. Additional hypotheses are also tested in the study. Both findings and limitations are discussed. Finally, the article examines the role of ambivalence in explaining individual-level firmness.

Keywords: *feminist attitudes; punitiveness; firmness towards crime; ambivalence towards punishment; sexual victimization.*

SUMARIO: I. Feminismo y firmeza frente al delito.–II. Dos hipótesis opuestas sobre la asociación entre feminismo y firmeza. 2.1 La hipótesis de la asociación negativa o baja firmeza (H_{nf}). 2.2 La doble amenaza del Sistema de Administración de Justicia para las mujeres. 2.3 La hipótesis de la asociación positiva o alta firmeza (H_f).–III. Victimización y firmeza.–IV. El presente estudio. 4.1 Hipótesis con predicciones opuestas. 4.2 Aspectos técnicos del estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas Encuesta sobre cuestiones de actualidad: la violencia sexual contras las mujeres (estudio número 3.393). 4.3 Variables dependientes. 4.3.1 Actitudes hacia la violencia sexual contra la mujer. 4.3.2 Firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona. 4.4 Variables independientes. 4.4.1 Actitudes feministas. 4.4.2 Victimación sexual directa (mujeres). 4.4.3 Definiciones. 4.5 Controles. 4.6 Estrategia analítica.–V. Resultados. 5.1 Firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer. 5.2 ¿Efectos diferenciales según generación? 5.3. Firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona 5.4 Comprobación de las asunciones de los modelos.–VI. Discusión.–VII. Conclusiones: ambivalencia y firmeza.–VIII. Bibliografía.

I. FEMINISMO Y FIRMEZA FRENTE AL DELITO

Desde hace algunos años existe un debate a nivel doctrinal acerca de la conexión entre feminismo y firmeza frente al delito, en un contexto de populismo punitivo generalizado (1). Aunque esta discusión

Quiero agradecer las recomendaciones del profesor Antonio Fernández Hernández, así como las revisiones anónimas, que han contribuido a mejorar de modo significativo este trabajo y a corregir varios errores.

se ha desarrollado en la doctrina (y en referencia al nivel sistémico), puede contar con una dimensión empírica (e individual), aunque no se mencione necesariamente. Así, cuando Alcázar-Campos y Valenzuela-Vela denuncian «Disposiciones legales que son punitivas y que […] "desoyen tus deseos"» deben conjeturar que sus propuestas antipunitivas tienen un respaldo entre la población o al menos entre los «cuerpos feminizados» (2). En efecto, el feminismo, que desde un punto de vista mínimo y unitario se puede considerar un movimiento social y político preocupado por la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres, esto es por la reducción de la discriminación contra la mujer (3), es una corriente muy heterogénea –de ahí que a menudo se hable de «feminismos»–, también en referencia a la firmeza, como indica Maqueda Abreu (4). Por otra parte, a nivel individual, firmeza es una actitud relativa al castigo (impuesto por el Estado) que se juzga correcto y se desea que se imponga a un individuo abstracto que ha realizado un acto cualquiera que se considere delictivo (5). Normalmente, la literatura emplea, en vez de firmeza, el término punitividad o algún derivado del mismo, que se han impuesto en la práctica, pero que contienen una gran carga moral: «punitividad» equivale a «disvalioso», «malo» de acuerdo con algún sistema moral. En efecto, el término punitividad ha adquirido una fuerte carga oscura y, en palabras de Obergfell-Fuchs, «tiene siempre una connotación negativa» (6). Al margen de la cuestión terminológica y dado el debate doctrinal, es

(1) González Cussac, J. L., «¡Cómo hemos cambiado! Mutaciones del Derecho penal», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 49, junio, pp. 159-161.

(2) Alcázar Campos, A., y Valenzuela-Vela, L., «Experiencias no punitivas de abordaje de las violencias de género», en Fraga Sáenz, R. *et al.* (coordinadores): *Criminología pública y feminismos no punitivos: violencia sexual, género y castigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 163-164.

(3) *Vid.* Daly, K., y Chesney-Lind, M., «Feminism and Criminology», *Justice Quarterly*, 5, 4, 1988, pp. 502-505 y 507; Sanz Mulas, N., «Conflictos irresueltos en la política criminal contra la violencia de género», en Villacampa Estiarte, C. (dir.): *20 años de legislación protectora integral frente a la violencia contra las mujeres: de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley del solo sí es sí*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 339-341.

(4) Maqueda Abreu, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», *InDret*, 4, 2007, p. 10. En materia de firmeza frente al delito, Fernández-Cruz, J. A., «La jurisprudencia penal chilena ante el "transfemicidio": la "ocurrencia" del feminismo securitario», *Revista de Derecho*, 32, 2005, p. 10. Esta heterogeneidad no excluye que deba existir algún elemento común al feminismo.

(5) Serrano Maíllo, A., *Confianza y firmeza frente al delito. Un análisis de su asociación en la teoría comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 45.

(6) Obergfell-Fuchs, J., «"Punitivity" within the criminal justice system in Germany», en Kury, H. (ed.): *Fear of crime. Punitivity. New developments in theory and research*, Dr. N. Brockmeyer, Bochum, p. 303.

lícito preguntarse si existe alguna relación entre actitudes feministas y firmeza a nivel de los individuos.

Junto a la tradición del control social, la del aprendizaje social es dominante en la Criminología contemporánea; y uno de sus factores explicativos son las definiciones. Se trata de «actitudes o significados propios que uno asocia a un comportamiento determinado» (7). Hacen referencia a cómo se define una conducta –por ejemplo, un joven que se encuentra con su grupo de amigos y se plantea apedrear una casa en construcción puede considerarlo como un delito o simplemente como una travesura (8)– o cómo se justifica o evalúa moralmente –por ejemplo, pensando que en el fondo no se hace daño porque la casa todavía no está terminada (9). Dependiendo de cómo se defina, un mismo comportamiento puede ser más o menos aprobado o desaprobado y, en consecuencia, resultar más o menos probable o improbable que se lleve a cabo ya que, como regla, cuanto más desaprueben las propias definiciones una conducta concreta, más improbable será que uno se vea involucrado en ella, naturalmente en la lógica de la teoría del aprendizaje. Así las cosas y con un pequeño esfuerzo de extensión, puede conjeturarse que las definiciones también deben desempeñar un rol en la firmeza: según se definan ciertos comportamientos como más graves, también debe considerarse como correcto y desearse que se definan como delictivos y que se imponga un castigo más severo. Esta firmeza podría referirse a conjuntos discretos de comportamientos, pero también puede tener una orientación general: si las definiciones relativas a conductas diferentes correlacionan entre sí, entonces un conjunto concreto de ellas permitirá explicar al menos en parte la firmeza en general. Al menos en dos estudios españoles se ha analizado empíricamente la asociación entre definiciones, operacionalizadas como el grado de aceptabilidad de ciertas conductas o valores prodelictivos, y firmeza, con resultados no coincidentes: si en uno de ellos se apreció una asociación significativa desde un punto de vista estadístico en el sentido de que definiciones más favorables al delito predecían menos firmeza; en otro no se observó ninguna conexión (10).

---

(7) Akers, R. L., *Criminological theories. Introduction, evaluation, and application*, 3.ª ed., Roxbury Publishing Company, Los Angeles, 2000, p. 76.

(8) Warr, M., *Companions in crime. The social aspects of criminal conduct*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 1-2.

(9) Sykes, G., y Matza, D., «Techniques of neutralization: a theory of delinquency», *American Sociological Review*, 22, 1957, pp. 667-669.

(10) Serrano Maíllo, A., *El estatus empírico de la teoría comunitaria de la firmeza en España. Un enfoque metaanalítico (de efectos fijos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 139-143 y 180-181.

Para afrontar el estudio de esta potencial asociación entre feminismo y firmeza es preciso comenzar con dos aclaraciones sustantivas. En primer lugar, en la definición de firmeza antes propuesta y en el marco de los debates doctrinales, «castigo» podría entenderse en términos de «este-castigo» –una sanción establecida en las leyes penales para un comportamiento típico y tras un proceso judicial con garantías, esto es en el marco del Sistema de Administración de Justicia «realmente existente aquí y ahora»–; o en términos de «otro-castigo» –una consecuencia que prive a quien lo sufre de algún bien, y en este sentido pueda identificarlo como un mal, que se imponga por algún motivo que se considere de una cierta gravedad, pero incluyendo castigos materialmente semejantes, pero alternativos a los realmente existentes aquí y ahora. Por ejemplo, cuando en un campo que a menudo se considera crítico como la Criminología verde Varona rechaza tanto la punitividad como que «los daños contra los ecosistemas y los animales» queden impunes (11) –o sea que sea algo «Que queda sin castigo» (12)– lo que reclama es «otro-castigo» –esto es la imposición un mal, al menos desde la perspectiva del sancionado, en el caso presente, la justicia restaurativa (13). Normalmente, cuando lo hace, este importante matiz aparece en la literatura feminista de modo sutil: Francés Lecumberri escribe que las menciones al «abolicionismo» se refieren a «la abolición de la prisión y/o de modo más amplio a la abolición del sistema penal "como existe hoy"» (14). Así las cosas, en el marco de nuestro debate es importante distinguir entre *otra*-firmeza y *esta*-firmeza –a lo que se refiere esta autora–; o, si se prefiere, entre *otro*-punitivismo y *este*-punitivismo (15): en

(11) Varona, G., «Un control social selectivo, una desvinculación moral selectiva: Repensar la justicia restaurativa con personas condenadas por delitos contra los ecosistemas y los animales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 21, 2, 2023, pp. 13-15.

(12) Diccionario de la Real Academia Española.

(13) *Vid*., con más detalle, Serrano Maíllo, A., *Un estudio sobre el informe del Defensor del Pueblo* Una respuesta necesaria. *La perspectiva científico-social*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 189-190.

(14) Lecumberri Francés, P., «Feminisms in the challenge of alternatives to punitivism: the necessary synergies in a path to be explored», *Oñati Socio-Legal Series*, 13, 6, p. 1766 (énfasis añadido). Lógicamente, sin conocer cuáles son las alternativas no es posible valorar si el Sistema de Administración de Justicia actualmente existente es firme o no «en términos relativos»; ni, sobre todo, si una corriente alternativa autodenominada abolicionista o antipunitiva lo es o no en términos «tanto absolutos como relativos». No es inhabitual comparar sistemas conocidos y, por lo tanto, imperfectos, con otros tal vez ideales que no es que no se hayan puesto a prueba, sino que se desconocen sus más mínimos detalles. La distinción puede extenderse a *estas*-garantías frente a *otras*-garantías.

(15) O entre este-antipunitivismo y otro-antipunitivismo.

ambos casos existe una actitud favorable al castigo, pero el contenido de la demanda de respuesta puede introducir error, aparte de que esta distinción abre la puerta a la ambivalencia –realmente, a una manifestación de la misma. Hago notar ahora que, en el resto del presente trabajo, abandono la terminología esta-firmeza y otra-firmeza, aclarando que «firmeza implicará siempre esta-firmeza» –por mucho que ocasionalmente se recuerde la diferencia a efectos expositivos.

En otro orden de cosas, «firmeza» –nuestro objeto de estudio– y «benevolencia» pueden no representar dos extremos de un mismo continuo, sino conceptos distintos –de modo que, a nivel individual, lo mismo que al sistémico, se pueden albergar actitudes benévolas y firmes «a la vez». En otro lugar y siguiendo a la literatura, he sostenido que firmeza y benevolencia no forman parte de un único constructo latente, sino que representan realidades diferentes hasta el punto de que ¡es justamente una elevada benevolencia lo que a menudo permite una elevada firmeza! (16) –si bien, como es habitual, aquí sólo contamos con medidas de firmeza, no de su compañera, por ejemplo, en términos de sustento a la rehabilitación, apoyo social… (17). También volveremos sobre ello al tratarse de otra dimensión de la ambivalencia.

II. DOS HIPÓTESIS OPUESTAS SOBRE LA ASOCIACIÓN ENTRE FEMINISMO Y FIRMEZA

2.1 **La hipótesis de la asociación negativa o baja firmeza (H_{nf})**

La firmeza alta frente al delito a nivel sistémico ha recibido importantes consideraciones críticas en la literatura de sensibilidad feminista –algo a mi juicio coherente (18). Así, Larrauri señala en tono crítico la tendencia a «atribuir una función al derecho, "incluso al derecho penal", al cual se considera un instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dotar de mayor poder a

(16) Serrano Maíllo, A., *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva. La tesis extendida de los sentimientos de inseguridad como teoría del control social*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 473-474.

(17) El término «firmeza» puede referirse a una variable o a los niveles más elevados de la misma, lo cual puede dar lugar a ambigüedad.

(18) *Vid*. Maqueda Abreu, «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», *op. cit.*, 4-40; Maqueda Abreu, M. L., *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Dykinson, Madrid, 2014, *passim*.

las mujeres» (19); mientras que Alcázar-Campos y Valenzuela-Vela escriben que «el punitivismo es la tendencia según la cual la respuesta a los problemas sociales (es decir, los de los y las desposeídas) pasaría por el castigo, por "incrementar los delitos y las penas" que llevan aparejados», algo que juzgan poco prometedor (20). En efecto, al menos algunas importantes corrientes feministas propugnan una baja firmeza frente al delito. Así, en un trabajo clásico, Frommel se opuso a la aplicación de sanciones draconianas para los delitos de violación debido a que producían rechazo en los operadores jurídicos y, en consecuencia, dificultaban las condenas (21). La ética del cuidado y la amplia investigación y teorización que ha inspirado han resaltado la conexión entre feminismo por un lado y perdón, comprensión y hospitalidad por otro (22), lo cual evoca una menor firmeza frente al delito. En particular, Gilligan (23) ha teorizado diferencias entre mujeres y hombres en sus juicios morales, con ellas enfatizando «las relaciones y la potencialidad del daño» frente a ellos: las mujeres y, por extensión, quienes albergan actitudes feministas en general favorecen respuestas al delito lo más inocuas para los sancionados como sea posible, descartando la crueldad o la venganza como fines de las penas. Esto no implica una renuncia a las penas, pero sí un intervencionismo mínimo: en palabras de Walker, «el castigo, cuando es proporcionado y humano, es una respuesta indispensable a las conductas incorrectas», «no quiero eliminarlo o sugerir que no es importante», si bien añade enseguida que «existen un montón de alternativas al castigo» (24). En su propuesta de neofeminismo, Gruber insiste en que el Derecho penal causa daños reales y que, por lo tanto, debe tratarse como último recurso para la resolu-

(19) Larrauri, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 19 (énfasis añadido).

(20) Alcázar Campos, A., y Valenzuela-Vela, L., «Experiencias no punitivas de abordaje de las violencias de género», en Criminología pública y feminismos no punitivos: violencia sexual, género y castigo (R. Fraga Sáenz *et al.* coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 165.

(21) Frommel, M., «Opferschutz durch hohe Strafdrohungen? Der vergiftete Apfel vom Baume des Punitivismus», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1985, pp. 350-359.

(22) Benhabib, S., «Contents», en *The rights of others: aliens, residents, and citizens. The Seeley Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 25-48; Hamington, M., «Toward a theory of feminist hospitality», *Feminist Formations*, 22, 1, 2010, pp. 30-32.

(23) Gilligan, C. R., «Moral injury and the ethic of care: reframing the conversation about differences», *Journal of Social Philosophy*, 45, 1, 2014, pp. 89-106.

(24) Walker, M. U., *Moral repair: reconstructing moral relations after wrongdoing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 9-10.

ción de conflictos, propone una ruptura con «el pensamiento ortodoxo que mezcla al feminismo con el encarcelamiento masivo» y denuncia que «Centrarse de manera rígida en los actos malvados de los hombres produce miopía sobre cómo la criminalización afecta a la búsqueda más amplia y de largo recorrido de la igualdad de género y de otros tipos» (25).

Vistas así las cosas, la crítica criminológica feminista, la ética del cuidado o el neofeminismo abogan por una asociación negativa entre feminismo y firmeza frente al delito, el cual podría tener un reflejo al nivel de las actitudes individuales.

2.2 **La doble amenaza del Sistema de Administración de Justicia para las mujeres**

Especialmente relevante para esta hipótesis de baja firmeza es la doble amenaza del Sistema de Administración de Justicia para las mujeres que desvela el trabajo criminológico de orientación feminista. Este feminismo enfatiza la potencialidad de dos amenazas –como veremos, tres en realidad– sobre las mujeres por parte de aquél. Para su ejemplificación me apoyaré en el trabajo de Jody Miller, quien ha propuesto una explicación de la violencia que experimentan las mujeres en el marco de la interseccionalidad que puede denominarse «teoría de la desigualdad de género como explicación de la violencia contra las mujeres afroamericanas en barrios desaventajados». Aunque la autora desea evitar que su obra reafirme algunos mitos sobre ciertos grupos de hombres e insiste en la generalidad de la victimación de mujeres a lo largo de toda la sociedad estadounidense, su tesis se centra en algunos barrios de ciudades norteamericanas. La investigadora apunta elementos tanto culturales como estructurales de su enfoque, pero en una secuencia habitual: la desigualdad estructural da lugar a adaptaciones culturales que favorecen la victimación de algunos grupos de mujeres desaventajadas. El punto de partida es la elevada prevalencia de la violencia y de la violencia sexual contra las mujeres en estos lugares: la violencia –incluidas prácticas de violaciones en grupo– se convierte en «rutina» y llega a ser «ubicua» (26).

(25) Gruber, A., *The feminist war on crime. The unexpected role of women's liberation in mass incarceration*, University of California Press, Oakland, 2020, pp. 17-18, 192 y 203.

(26) Miller, J., *Getting played. African American girls, urban inequality, and gendered violence*, New York University Press, New York y London, 2008, pp. xvii, 1, 3-8, 19-30, 114-120, 135-137, 191 y 194.

Como vemos, la desigualdad tiene una dimensión de género: no sólo las mujeres son especialmente vulnerables ante la violencia, sino que se aprecia un «apoyo cultural» a su victimación (27). En efecto, como consecuencia de las fuentes estructurales de una desigualdad poliédrica, en estos barrios se ha desarrollado un sistema de creencias en el que las mujeres son jerárquicamente inferiores a los hombres hasta el punto de que pueden ser vistas como meros objetos de «disponibilidad sexual». Dicho en otras palabras, las chicas, sobre todo las jóvenes, son derogadas y sexualizadas. Por ejemplo, si van vestidas de cierto modo o tienen una cierta reputación, su violación es tolerada por este sistema de creencias. Miller insiste en que, en este espacio dominado por los hombres en los que las mujeres son meras oportunidades de conquista sexual, se las responsabiliza a ellas por las victimaciones que sufren, esto es un proceso de «culpabilización de las víctimas». La investigadora describe tres manifestaciones de la violencia contra las mujeres en estos barrios: la exposición pública a ataques físicos contra las féminas, el acoso sexual y la agresión y coerción sexual. El carácter público de los ataques, en los que la víctima recibe el reproche y ve denegada cualquier petición de ayuda, al tiempo que la policía no interviene o cuando lo hace no es eficaz, por no decir que constituyen un «espectáculo público divertido», tiene un fuerte impacto en cómo se definen estos eventos y cómo se responde a los mismos: los jóvenes aprenden que la violencia contra la pareja es un asunto privado, que la norma es la no intervención en estos casos y que las víctimas están solas cuando son agredidas. No muy diferente es el panorama para el acoso sexual y la coerción sexual (28). Aparte de la calle, la escuela es otro espacio de victimación para las mujeres de Miller (29). Este tipo de actitudes puede influir e incluso penetrar en el Sistema de Administración de Justicia por ejemplo cuestionando a las víctimas, desincentivando las denuncias o desanimando a los potenciales testigos.

Al hilo de su tesis y pasando a la segunda de las amenazas señaladas, Jody Miller critica el trato que las mujeres reciben por parte del Sistema de Administración de Justicia –algo que cuenta con una gran tradición en la investigación criminológica (30). Así, escribe

(27) *Ibid*., pp. 192-193.

(28) *Ibid*., pp. 32-66, 39-43, 45-48, 57-61 y 65-66 sobre todo.

(29) *Ibid*., pp. 67-113 y 193-194, 72-73, 82-83, 86-87 y 99-103 en particular.

(30) Chesney-Lind, M., «Criminalizing victimization: the unintended consequences of pro-arrest policies for girls and women», *Criminology and Public Policy*, 2, 1, 2002, pp. 81-90.

que «en un Tribunal jurídico […] las mujeres jóvenes no son víctimas de violencia sexual sino participantes culpables en encuentros sexuales de los que son responsables» (31). En efecto, la Criminología feminista ha llegado a calificar el Sistema de Administración de Justicia norteamericana de «machista» (32); añadiendo que puede incentivar la victimación de las mujeres (33). Por ejemplo, la privación de libertad de las féminas puede ser especialmente seria ya que, al ser relativamente baja su participación en la criminalidad y en la grave en particular, el sistema penitenciario puede no estar preparado para albergarlas y atender sus necesidades y, cuando es el caso, la maternidad (34).

Por lo tanto, Miller dibuja un Sistema de Administración de Justicia norteamericano distópico que, por una parte, no protege a las mujeres, sino que las deja en una indefensión total; mientras que, por otro, las sanciona de modo cruel y agudizando su victimación y, más en general, reafirmando el patriarcado. En este sentido, es verdad que la tesis de esta autora no es universal al circunscribirse a ciertas comunidades estadounidenses que podrían no tener parangón en muchas otras naciones –aunque también disten de ser panaceas (35). A las amenazas de Miller hay que añadir una tercera o un tercer conjunto más general, que va desde los potenciales sesgos del Sistema de Administración de Justicia hasta el desamparo en que quedan las comunidades –incluidas las mujeres residentes en las mismas– cuando se extrae de las mismas para su ingreso en prisión a una parte importante de sus habitantes que de otro modo podrían contribuir positivamente de modo significativo (36). Al mismo tiempo, se trata de

---

(31) *Ibid.*, p xvi.

(32) Chesney-Lind, M., «Guilty by reason of sex: young women and the Juvenile Justice System», en Price, B. R. y N. J. Sokoloff, N. J. (eds.): *The Criminal Justice System and women. Women offenders. Victims. Workers*, Clark Boardman, New York, 1982, p. 97.

(33) Barnett, O. W., «Why battered women do not leave, part 1. External inhibiting factors within society», *Trauma, Violence, and Abuse*, 1, 2000, pp. 349-359.

(34) Belknap, J., *The invisible woman. Gender, crime, and justice*, 2.ª ed., Wadsworth, Belmont, 2001, p. 195; Heidensohn, F., con la asistencia de M. Silvestri, *Women and crime*, 2.ª ed., New York University Press, New York, 1995, p. 197.

(35) Canyelles Gamundí, C., *Machismo y cultura jurídica. Etnografía del proceso judicial de la violencia de género*, Virus, Barcelona, 2023, *passim*.

(36) Braman, D., «Families and incarceration», en Mauer, M. y Chesney-Lind, M. (eds.): *Invisible punishment. The collateral consequences of mass imprisonment*, The Free Press, New York, pp. 117-135; Richie, B. E., «The social impact of mass incarceration on women», en Mauer, M. y Chesney-Lind, M. (eds.): *Invisible punishment. The collateral consequences of mass imprisonment*, The Free Press, New York, pp. 136-149.

hipótesis que requerirían pruebas empíricas sobre el impacto que tienen en España.

2.3 **La hipótesis de la asociación positiva o alta firmeza (H_f)**

Frente al enfoque feminista opuesto a una firmeza elevada, la literatura ha identificado una alternativa (37) a la que se ha referido como feminismo securitario (38), punitivista (39) o incluso carcelario (40) y como combatiente en la «guerra […] contra el delito» propia de movimientos reaccionarios (41) –términos todos ellos moralmente cargados y que, por lo tanto, deben evitarse en ciencia (42). Un ejemplo de esta línea de firmeza alta es el llamado feminismo de la dominación (43). A mi juicio, esta es una hipótesis en cierto modo paradójica a la luz de las consideraciones precedentes: dada por un lado la desconfianza del feminismo hacia un Sistema de Administración de Justicia –en incluso hacia el Estado– que a menudo ha considerado machista y discriminatorio (44); y, por otro, la apuesta por una ética del cuidado, en principio un feminismo que propugna una firmeza elevada frente al delito parecería algo inesperado. Ahora bien, ya el trabajo de Foucault nos invita a ser escépticos respecto a esta conjetura general (45). En efecto, Gru-

(37) Bernstein, E., «Carceral politics as gender justice? The "traffic in women" and neoliberal circuits of crime, sex, and rights», *Theory and Society*, 41, 3, 2012, p. 233; Sepúlveda Rubio, F. J., «Límites del reformismo penal y la falacia del castigo emancipador: una crítica marxista-abolicionista», *Boletín Criminológico*, 254, 2025, p. 11.

(38) Fernández-Cruz, J. A., «Una crítica al feminismo securitario», en Fernández-Cruz, J. A. y Lorca-Ferreccio, R. (eds.): *Feminismo y Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 31; Fernández-Cruz, «La jurisprudencia penal chilena ante el "transfemicidio"…», *op. cit.*, pp. 8 y 13.

(39) Fernández-Cruz, «La jurisprudencia penal chilena ante el "transfemicidio"…», *op. cit.*, p. 23.

(40) Gruber, A., «The critique of carceral feminism», *Yale Journal of Law and Feminism*, 34, 2, 2023, pp. 55 y 63.

(41) Gruber, A., «The feminist war on crime», *Iowa Law Review*, 2007, p. 741.

(42) No sería simétrico ni congruente emplear el término «punitividad» –con su carga moral– con carácter general, pero evitar éste u otros cuando se identifica en desarrollos críticos como, en este caso, el feminismo.

(43) MacKinnon, C., «Difference and dominance: on sex discrimination», en *Feminism and politics* (A. Phillips ed.), Oxford University Press, Oxford y New York, 1998, pp. 295-313.

(44) Bernstein, «Carceral politics as gender justice?…», *op. cit.*, pp. 233-257; Chesney-Lind, «Guilty by reason of sex…», *op. cit.*, p. 97.

(45) Sobre el fracaso de los reformistas que buscaban la humanización de las penas, Foucault, M., *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, ed. aumentada

ber no sólo ofrece una detallada descripción de un feminismo de alta firmeza en su trabajo sobre la «guerra feminista contra el delito» –y el desolador y contraproducente panorama que han ido dejando las reformas jurídico-penales basadas en este tipo de feminismo–, sino que concluye que esta orientación firme es la que caracteriza al feminismo de las últimas décadas (46), por mucho que haya muchas excepciones e incluso resistencias –punto éste de las excepciones y resistencias que, como repetiré, no es baladí. Es probable que esta misma valoración sea extensible a la Criminología crítica en su conjunto, de modo que la cacareada «Criminología del otro» (47), si existe, está muy generalizada.

Gruber trata de mostrar cómo, de modo paradójico, un feminismo orientado al desmantelamiento del patriarcado y la lucha por la igualdad y los derechos de las mujeres ha terminado alineándose con el conservadurismo, una de cuyas principales características sería precisamente la elevada firmeza frente al delito (48). Esta investigadora se vuelca en la evolución del feminismo desde unos orígenes en las décadas de 1960 y 1970 enfocados en exponer los prejuicios patriarcales del Sistema de Administración de Justicia y de la sociedad en general, mejorar el tratamiento de las víctimas femeninas, lograr la igualdad entre mujeres y hombres, exigir recursos y programas que ayudasen al abandono de relaciones abusivas o a la denuncia de los delitos que se sufrieran; hasta la aparición de movimientos de derechos de las víctimas que se han integrado en algunas corrientes feministas (49). Igual que los conservadores, no importa repetirlo, el feminismo ha terminado por intervenir de modo beligerante en una «guerra contra el delito» (50).

Vistas así las cosas, el feminismo de este cuño aboga por una asociación positiva entre feminismo y firmeza frente al delito.

---

y corregida (trad. A. Garzón), Siglo XXI, Madrid, 2022/1975, pp. 24 y 86-87.

(46) Gruber, «The feminist war on crime», *op. cit.*, pp. 804 y 807-808; Gruber, *The feminist war on crime…*, *op. cit.*, pp. 70, 77, 80, 106-107, 111, 118, 121, 123-124, 149-150, 175 y 194-195.

(47) Garland, D., *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, The University of Chicago Press, Chicago y Oxford, 2001, pp. 182-185 y 272 notas 47-53.

(48) Gruber, «The feminist war on crime», *op. cit.*, pp. 748 y 751-752, así como 783-791 sobre cómo, según esta investigadora, los conservadores justifican la inferioridad de la mujer.

(49) Gruber, *The feminist war on crime…*, *op. cit.*, pp. 5-6, 46, 62, 64, 66, 69-81, 90, 97, 100, 107, 113, 118-119, 148, 165 y 197; Gruber, A., «#MeToo and mass incarceration», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 17, 2020, pp. 278-285.

(50) Gruber, «#MeToo and mass incarceration», *op. cit.*, p. 288.

III. VICTIMACIÓN Y FIRMEZA

Algunos estudios han apuntado un rol de las recién mencionadas asociaciones de víctimas en la acentuación del castigo y las tendencias punitivas individuales contemporáneas (51). Siguiendo de nuevo a Gruber, puede decirse que los mismos, aparte de resultar atractivos por sí mismos ya que es difícil estar en contra de quien ha sufrido un daño, pueden resultar en un juego de suma cero entre los derechos de las víctimas y los de los acusados; y, por otro, ahora de modo paradójico, limitar la autonomía de las primeras –y, de manera paralela, su agencia y sus mismos derechos– a la búsqueda de más firmeza frente a los agresores y contribuir a resaltar el libre albedrío de éstos y la ausencia de causas sociales en la criminalidad –argumentos habitualmente atribuidos a una Criminología conservadora (52). Así las cosas, «Los movimientos de derechos de las víctimas son y han sido siempre un producto de la ideología conservadora de más dureza contra el crimen». Ahora bien: el momento clave se produce cuando el feminismo adopta la perspectiva de estos movimientos de derechos de las víctimas (53), lo cual, por si fuera poco, termina por perjudicar a las mismas víctimas (54). Aunque ciertamente existen estudios con hallazgos positivos, la conjetura de una conexión positiva entre victimación y firmeza carece de un sustento robusto en la investigación empírica (55).

IV. EL PRESENTE ESTUDIO

4.1 **Hipótesis con predicciones opuestas**

En el presente estudio, por lo tanto, pasamos del ámbito doctrinal al empírico, para contrastar las dos hipótesis opuestas de la aso-

(51) Cerezo Domínguez, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración y reforma de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 23.

(52) Walsh, A., *Free will and determinism in Criminology and Criminal Justice*, Nova Science, New York, 2023, pp. vii-viii y 1-9.

(53) Gruber, «The feminist war on crime», *op. cit.*, pp. 748-750, 763-774, 791-792 y notas 33 y 36; Gruber, *The feminist war on crime…*, *op. cit.*, pp. 5-6, 46, 62, 64 y 66; Gruber, «#MeToo and mass incarceration», *op. cit.*, pp. 278-285.

(54) Gruber, «The feminist war on crime», *op. cit.*, pp. 770-774.

(55) Aizpurúa González, E., *Las actitudes punitivas de los españoles. Alcance, medición y factores explicativos*, Tesis doctoral, inédita, 2015, pp. 207-208, así como 36-37.

ciación negativa y de la asociación positiva de que las actitudes feministas se relacionan, respectivamente, con una menor (H_{3nf}) o una mayor firmeza (H_{3f}) frente a la violencia sexual contra la mujer, siempre a nivel individual. El mismo esquema de enfrentar a las hipótesis de la baja (H_{5nf}) y de la alta firmeza (H_{5f}) se plantea respecto a una estimación más general de la firmeza como son –en nuestros datos– los comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona, esto es una versión de la firmeza no constreñida a la victimación sexual ni de mujeres únicamente. Todas ellas se configuran como conjeturas alternativas, aun reconociendo que, sencillamente, podría no existir ninguna asociación en primer lugar. En el último paso, contrastaremos la hipótesis relativa a si la firmeza se relaciona con la victimación sexual directa en los ámbitos de la violencia sexual contra la mujer (H_4) y de los comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona (H_6), que ahora se plantean por motivos estratégicos –aquí no enfrentamos hipótesis opuestas– como nulas en sentido estricto. Antes de todas ellas, nos interesaremos, aunque algo más de pasada, con la asociación entre definiciones y firmeza que, al basarse en teoría, pueden plantearse con el lenguaje de las conjeturas alternativas (H_1 y H_2). En todas ellas, «firmeza quiere decir esta-firmeza».

H_1: Las definiciones y la firmeza frente a la violencia sexual contra las mujeres están asociadas positivamente.

H_2: Las definiciones y la firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona están asociadas positivamente.

H_{3nf}: Las actitudes feministas y la firmeza frente a la violencia sexual contra las mujeres están asociadas negativamente. Esta conjetura es la de la asociación negativa o de baja firmeza.

H_{3f}: Las actitudes feministas y la firmeza frente a la violencia sexual contra las mujeres están asociadas positivamente. Esto es, la conjetura de la asociación positiva o de alta firmeza. H_{3nf} y H_{3f} no pueden corresponderse con los hechos a la vez.

H_4: Entre las mujeres, victimación sexual directa y la firmeza frente a la violencia sexual contra las mujeres no están asociadas.

H_{5nf}: Las actitudes feministas y la firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona están asociadas negativamente. Esta conjetura es la de la asociación negativa o de baja firmeza.

H_{5f}: Las actitudes feministas y firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier per-

sona están asociadas positivamente. Esta conjetura es la de la asociación positiva o de alta firmeza. H_{5nf} y H_{5f} no pueden corresponderse con los hechos a la vez.

H_6: Entre las mujeres, victimación sexual directa y firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona no están asociadas.

4.2 Aspectos técnicos del estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas Encuesta sobre cuestiones de actualidad: la violencia sexual contras las mujeres (estudio número 3.393)

Para analizar la asociación entre actitudes feministas y firmeza frente al delito contamos con datos del estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas *Encuesta sobre cuestiones de actualidad: la violencia sexual contra las mujeres* (estudio número 3.393). El mismo tiene un ámbito nacional y su universo está compuesto por residentes en España de dieciocho o más años de edad. De las 2.600 entrevistas diseñadas se realizaron 2.509. Se escogieron de modo aleatorio teléfonos fijos (13,5 por ciento) y móviles (86,5 por ciento) (56) y los individuos se seleccionaron mediante la aplicación de cuotas de sexo y edad. La muestra está estratificada considerando tanto las diecisiete comunidades autónomas y Ceuta y Melilla como el tamaño de hábitat, con siete categorías. Los cuestionarios se han aplicado mediante entrevista telefónica asistida por ordenador (CATI). Aquí no asumimos ni que la muestra sea probabilística ni que pueda calcularse el error muestral, pero el CIS incluye una ponderación (57) que aquí no emplearemos (58). Las entrevistas tuvieron lugar del 20 al 25 de enero de 2023.

---

(56) Cuando en los análisis estadísticos que siguen se controla por el tipo de teléfono, nada varía en los resultados, de modo que ignoraremos esta variable –salvo como variable pasiva para la imputación de datos dado que, al proceder del diseño, no puede tener ninguna pérdida al nivel del ítem.

(57) Aclara en la ficha técnica que «La información empleada en el cálculo de los coeficientes de ponderación ha sido la distribución de la población residente en España de 18 años y más: según comunidades y ciudades autónomas; por tamaño de hábitat; y por los grupos de sexo y edad definidos en las cuotas de selección».

(58) El motivo reside en la enorme complejidad de construir ponderaciones, así como en el hecho de que nuestras hipótesis no requieren para su contraste muestras probabilísticas. Ahora bien, con una vocación de completitud, se informará infra de los dos únicos, pequeños cambios que introduce la repetición de los análisis introduciendo el peso de muestreo que facilita el CIS, referidos a M_{a3} y M_{b3}.

4.3 **Variables dependientes**

4.3.1 Actitudes hacia la violencia sexual contra la mujer

El cuestionario del estudio número 3.393 del CIS permite medir la firmeza frente a la violencia contra las mujeres a nivel individual. Concretamente, la pregunta número seis (P06) tiene el siguiente enunciado: «Para cada uno de los comportamientos que voy a leer, ¿podría decirme si los considera aceptables en algunas circunstancias, inaceptables, pero no deben ser castigados por ley o inaceptables y siempre deben ser castigadas *(sic)* por la ley?» y continúa con una batería de conductas acerca de las cuales se interroga, en efecto, si son «Aceptables en algunas circunstancias», «Inaceptables, pero no deben ser castigadas por ley» o «Inaceptables y siempre deben ser castigadas por ley». Las seis acciones para las que se demanda una respuesta son las siguientes: «Obligar a la pareja a mantener relaciones sexuales no deseadas» (P06.01); «Hacer comentarios y sugerencias de tipo sexual no deseados a una mujer» (P06.02); «Besar a una mujer contra su voluntad» (P06.03); «Tocar a una mujer de forma no deseada» (P06.04); «Dar de manera deliberada alcohol o drogas a una mujer, sin que ella lo sepa, para poder mantener relaciones sexuales con ella» (P06.05); y «Pagar a una mujer por mantener relaciones sexuales» (P06.06). P06.01 –que es la primera de la lista, no influenciada por los ítems siguientes– no implica que la víctima sea necesariamente una mujer, de modo que no puede considerarse un caso de violencia «contra la mujer»; mientras que P06.05 apenas tiene variabilidad –más del 98 por ciento de las respuestas sustantivas favorecían el castigo legal– y poco aporta analíticamente (59). Las tres posibles respuestas sustantivas que ofrece P06 han sido recodificadas ya que la firmeza frente al delito depende de que se favorezca más o menos «el castigo» de una conducta, no su mera desaprobación (1=firmeza alta; 0=firmeza baja) (60). Puede asumirse que la referencia a un castigo mediante la ley –la forma en que «aquí y ahora» se tipifican los delitos y sus penas– remite a «esta-firmeza». La información de los cuatro ítems empleados en la medición de la firmeza –P06.02-P06.04 y P06.06– ha sido reducida mediante un análisis de compo-

(59) En análisis de componentes principales categóricos, P06.01 apenas alcanzaba una carga de 0,31 en el primero de ellos, de carácter general.

(60) «Aceptables en algunas circunstancias»=0; «Inaceptables, pero no deben ser castigadas por ley»=0; o «Inaceptables y siempre deben ser castigadas por ley»=1.

nentes principales para datos categóricos (alfa de Cronbach total=0,844; cargas≥0,472) (61).

4.3.2 Firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona

Por otra parte, la pregunta número 2 (P02) del mismo cuestionario comienza con el siguiente encabezado: «A continuación voy a leerle algunas situaciones y comportamientos que pueden producirse con el uso de internet y las redes sociales. Por favor, para cada una de ellas dígame si las considera aceptables en algunas circunstancias, inaceptables pero no deben ser castigadas por ley o inaceptables y siempre deben ser castigadas por la ley?» y continúa con una batería de conductas acerca de las cuales se interroga si son «Aceptables en algunas circunstancias», «Inaceptables, pero no deben ser castigadas por ley» o «Inaceptables y siempre deben ser castigadas por ley». El primer comportamiento sobre el que se demanda una respuesta es el siguiente: «Hacer comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales sobre alguna persona» (P02.01). Los otros cuatro son: «Enviar correos electrónicos o mensajes de texto con contenido sexual no deseados» (P02.02); «Compartir fotografías o vídeos de carácter sexual a través de redes sociales (Facebook, WhatsApp, Instagram, etc.) sin el consentimiento de las personas que aparecen en la foto o vídeo» (P02.03); «Presionar a una persona para que envíe fotos suyas desnuda» (P02.04); y «Chantajear a una persona con difundir fotografías o vídeos suyos de carácter sexual» (P02.05). Las tres posibles respuestas sustantivas, de nuevo, han sido recodificadas según se favorezca «el castigo» o no (1=firmeza alta; 0=firmeza baja) (62). De entrada, debe advertirse que nada en la redacción de la pregunta o los actos particulares remite a las mujeres, pese al título y temática general del estudio 3.393. En segundo lugar, ni en el encabezado ni en P02.01 –que es el primer ítem y su comprensión no puede haberse visto influenciada por los siguientes– existe ninguna referencia a comportamientos de naturaleza sexual o con un contenido sexual, pero sí de modo claro en P02.02-P02.05 –de hecho, en tres de los ítems se incluye el término sexual, y la excepción (P02.04) se remite a «fotos

(61) Especificaciones: dos dimensiones, de las que se ha empleado la primera para la correlación; nivel de escalamiento óptimo ordinal; ponderación uno; discretización: agrupación (normal), según las categorías de respuesta observadas; normalización, principal de variable; valores perdidos excluidos, imputados según modo para las correlaciones. Estas especificaciones se han aplicado a todos los análisis de componentes principales categóricos realizados en el presente estudio.

(62) «Aceptables en algunas circunstancias»=0; «Inaceptables, pero no deben ser castigadas por ley»=0; o «Inaceptables y siempre deben ser castigadas por ley»=1.

[…] desnuda», que también evoca el ámbito sexual. Todos los objetos de la pregunta son actos llevados a cabo en el ámbito de internet y las redes sociales. Cuando la información de los cinco ítems empleados en la medición de la firmeza se somete a un análisis de componentes principales para datos categóricos (alfa de Cronbach total=0,79; cargas para la primera dimensión≥0,391) (63), se aprecia que P02.01 carga de manera modesta en el primer componente (resto cargas para la primera dimensión≥0,538), pero entra con fuerza en el segundo (=0,721). Esto no es ninguna sorpresa dado el matiz del contenido y el empleo expreso recién mencionado del término «sexual» (o «desnuda») en varios de los ítems. Es imaginable que al contestar a P02.02-P02-05 –algo mucho más difícil en el caso de P02.01, que expresamente detalla que se refiere a «alguna persona»– los encuestados estuvieran pensando en una mujer como víctima, aunque esta posibilidad debe quedar en el ámbito de la especulación. Otra importante dificultad adicional con P02.02-P02-05 es su baja variabilidad: el porcentaje respectivo de respuestas firmes frente al delito es 83,2, 96,9, 94 y 98,2.

Por todo lo anterior, emplearemos P02.01 como medida de firmeza con carácter más general que la antes propuesta, referida, como sabemos, a actitudes hacia «comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona» (frecuencia y porcentaje válido para 0=1.253, 53,39; 1=1.094, 46,61; N=2.347). Se trata de una dicotomía, en la que valores más elevados (=1) implican más firmeza. Ignoraremos al mismo tiempo P02.02-P02-05. Como era de esperar dada nuestra concepción unidimensional de la firmeza, nuestras dos variables respuesta están asociadas de modo estadísticamente significativo y, además, de manera positiva según una prueba t ($p<0,0005$), aunque con una magnitud modesta ($r=0,184$; N=2.347) (64).

4.4 **Variables independientes**

4.4.1 Actitudes feministas

El estudio número 3.393 no incluye estimaciones directas de actitudes feministas, pero sí pregunta por la percepción subjetiva de

(63) Especificaciones: dos dimensiones, de las que se ha empleado la primera para la correlación; nivel de escalamiento óptimo ordinal; ponderación uno; discretización: agrupación (normal), según las categorías de respuesta observadas; normalización, principal de variable; datos con información completa.

(64) P06.01, sobre la que volveremos *infra*, también se asocia de modo positivo con las actitudes hacia la violencia sexual contra la mujer –p para prueba t <0,0005, r=0,35; N=2.433– y con P02.02 –p para $Chi^2<0,0005$; V de Cramer=1,114.

la desigualdad en materia de género, lo cual puede emplearse como un *proxy* de actitudes feministas (65). En efecto, una demanda de respuesta P04 está redactada del modo que sigue: «Vamos a hablar ahora de la situación de las mujeres en España ¿cómo calificaría Ud. las desigualdades que existen entre hombres y mujeres en nuestro país: muy grandes, bastante grandes, pequeñas o casi inexistentes?». Las cuatro posibles respuestas sustantivas han sido recodificadas de modo que valores más elevados implican una percepción subjetiva de mayor desigualdad. Son las siguientes: «Muy grandes» (=4), «Bastante grandes» (=3), «Pequeñas» (=2) y «Casi inexistentes» (=1) (frecuencia y porcentaje válido respectivamente, conservando el orden, para cada una de ellas: 366, 15,1; 1090, 44,8; 666, 27,4; y 309, 12,7; N=2.431).

Afortunadamente, otro reciente estudio del CIS, el número 3.428 sobre *Percepciones sobre la igualdad entre hombres y mujeres y estereotipos de género*, incluye tanto la pregunta P04 del estudio 3.393 –también con el numeral P04 (66)– como estimaciones directas de actitudes feministas (67). Esta encuesta 3.428 tiene un ámbito nacional y su universo está compuesto por residentes en España de dieciséis o más años de edad. Se realizaron 4.005 entrevistas. Se eligieron de modo aleatorio teléfonos fijos (27,2 por ciento) y móviles (72,8 por ciento) y los individuos se seleccionaron mediante la aplicación de cuotas de sexo y edad. Las entrevistas tuvieron lugar del 6 al 14 de noviembre de 2023, o sea menos de un año después del 3.393. Por lo que se refiere a la estimación de actitudes feministas en el estudio 3.428, en primer lugar, la P08 reza: «Ahora voy a leerle unas frases sobre la situación de las mujeres en el mundo laboral y quisiera que me dijera si está más bien de acuerdo o más bien en desacuerdo con cada una de ellas». Las tres primeras oraciones son las siguientes: «Las mujeres tienen que esforzarse más que los hombres para demostrar que pueden desempeñar el mismo puesto de trabajo», «La igualdad de las mujeres en el mundo laboral depende más de ellas que de cualquier ley», «Compaginar vida familiar y laboral es un asunto privado de organización doméstica entre hombres y mujeres y de poco sirve que

(65) Sobre el concepto de *proxy*, *vid.* Luna, X. de; Fowler, P., y Johansson, P., «Proxy variables and nonparametric identification of causal effects», *Economics Letters*, 150, C, 2017, p. 152.

(66) Frecuencia y porcentaje válido para «Muy grandes» (=1): 636, 16,3; «Bastante grandes»: 1881, 43,1; «Pequeñas» 1044, 26,7; y «Casi inexistentes»: 542, 13,9; N=3.903.

(67) Puesto que en P04 del estudio CIS 3.428 no hemos procedido a la recodificación, ahora «Casi inexistentes»=4.

intervengan las instituciones» (P08.01-03) (68). La información se ha reducido mediante un análisis de componentes principales categórico (alfa de Cronbach total=0,871; cargas≥0,611) en el que puntuaciones más elevadas son indicativas de actitudes más feministas (69). De manera consistente con nuestra expectativa –P04 de CIS 3.428 no ha sido recodificada–, existe una asociación negativa de tamaño moderado que alcanza la significación estadística entre esta estimación de actitudes feministas a partir de P08.01-03 y P04: rho de Spearman=–0,351; p<0,001; N=3.903. En segundo lugar, algunos ítems sueltos del cuestionario 3.428 se relacionan con las actitudes feministas de modo directo. Así los que preguntan si se «Firmó una petición (online o en papel) a favor de la igualdad de género» en los últimos doce meses (P14.03) (70); y si se «Participó en una manifestación o protesta a favor de los derechos de las mujeres» (P14.06) (71), las cuales podían responderse de modo afirmativo (=1) o negativo (=2). En ambos casos existe una asociación altamente significativa desde un punto de vista estadístico (p<0,001), aunque ahora modesta entre estos elementos y P04: Tau_c de Kendall respectivamente=0,163 (N=3.860) y 0,227 (N=3.892). Más directa es la pregunta por las actitudes feministas: «En una escala de 0 a 10 en la que 0 significa "nada feminista" y 10 "muy feminista", ¿en qué casilla se colocaría Ud.?» (P16) (72). De nuevo, se advierte una asociación negativa moderada que alcanza la significación estadística entre ambas variables: rho de Spearman=–0,35; p<0,001; N=3.847 (73).

En conclusión, nuestra estrategia múltiple favorece la hipótesis de que P04 incluida en los estudios del CIS es un *proxy* válido de actitudes feministas.

---

(68) Una cuarta frase –«Cuando un porcentaje elevado de mujeres comienza a acceder a una profesión, esta tiende a perder prestigio social» (P08.04)– no parecía formar parte de un componente principal único (carga=0,254), motivo por el que no se incluyó en los análisis.

(69) Media=–0,0011; desviación típica=1,012; mínimo=–1,73; máximo=1,6; N=4.005.

(70) Frecuencia y porcentaje válido para Sí=712, 18; No=3.245, 82; N=3.967.

(71) Frecuencia y porcentaje válido para Sí=894, 22,4; No=3.099, 77,6; N=3.993.

(72) Media=6,27; desviación típica=2,737; N=3.946. Esta demanda de respuesta es consistente con la existencia de un feminismo de mínimos, en la misma línea de nuestro planteamiento.

(73) Finalmente, cabe añadir que en el cuestionario existen ulteriores demandas de respuesta que podrían utilizarse para contrastar nuestra hipótesis, como P10, pero su variabilidad es relativamente baja y nuestras conclusiones no variarían en absoluto.

4.4.2 Victimación sexual directa (mujeres)

Nuestro estudio número 3.393 del CIS incluye una demanda de respuesta sobre si la entrevistada ha sufrido alguna agresión sexual (=1) (P13.04), limitada a las mujeres –«victimación sexual directa». Esta es nuestra variable respuesta en H_2 y H_6.

4.4.3 Definiciones

Aunque una encuesta generalista como las que realiza el CIS no puede incluir más que algunas de las variables relacionadas con un fenómeno, en este caso –el del cuestionario 3.393– se interroga sobre si ciertos comportamientos «se definirían» como acoso sexual o no. No se trata de una interrogación técnica sobre la naturaleza o la calificación jurídica de unos comportamientos, sino sobre si son lo suficientemente graves como para ser calificados y juzgados como acoso. Como vamos a comprobar, ninguno de los ítems empleados aquí parece ser tan grave como para considerarse agresiones o violaciones.

Centrándonos en nuestra encuesta 3.393, P10 propone una batería de preguntas sobre si, en efecto, ciertas conductas se consideran acoso sexual. La redacción del enunciado es la siguiente: «A continuación voy a leerle una serie de situaciones [N=11] que pueden suceder en el ámbito laboral, en el espacio de trabajo, en una empresa, oficina, fábrica, comercio etc. Para cada una de ellas ¿puede decirme si Ud. considera que puede ser calificada como acoso sexual?» (PP10.01-10.11). El cuestionario menciona tres situaciones que son delitos graves en sentido estricto y son consideradas acoso sexual por el 96 por ciento o más de los entrevistados (PP10.09-10.11), motivo por el que no las utilizaremos en este ejercicio. Los ocho supuestos restantes son «Chistes o bromas insultantes sobre la mujer en general» (P10.01), «Chistes o bromas insultantes sobre una trabajadora» (P10.02), «Comentarios sexuales sobre una trabajadora (sobre su cuerpo, su forma de vestir o su sexualidad)» (P10.03), «Piropos ofensivos» (P10.04), «Insinuaciones o indirectas sexuales» (P10.05), «Preguntas sobre cuestiones privadas de su vida sexual» (P10.06), «Gestos y miradas obscenas» (P10.07) y «Pedir reiteradamente relaciones sexuales sin presiones ni amenazas» (P10.08), que podían definirse como acoso sexual (=1) o no (=0)(74). La información ha sido redu-

(74) Frecuencia y porcentaje válido para 0=1.198, 49,9; 1=1.201, 50,1; N=2.399, para P10.01; 0=562, 23,4; 1=1.844, 76,6; N=2.406, para P10.02; 0=314, 13; 1=2.104, 87; N=2.418, para P10.03; 0=394, 16; 1=2.021, 84; N=2.405, para P10.04; 0=419, 17,5; 1=1.971, 82,5; N=2.390, para P10.05; 0=561, 23

cida mediante un análisis de componentes principales categórico (alfa de Cronbach total=0,876; cargas≥0,474) para conformar un factor de «definiciones», que será un predictor basado en teoría criminológica, derivado como sabemos de la del aprendizaje social. Puntuaciones más elevadas implican una mayor tendencia a definir las situaciones planteadas como acoso sexual, esto es como delitos graves.

4.5 **Controles**

La literatura empírica sobre firmeza a nivel individual, como se dijo en su momento, se ha centrado mucho más en correlatos que en el test de teorías. Entre los que más se han estudiado figuran los siguientes: edad, sexo, estado civil, religiosidad, ideología, nivel de formación y victimación. La mayor parte de la investigación sostiene que las mujeres son más benévolas frente al delito que los hombres, aunque existen excepciones no ignorables; las pruebas sobre la asociación entre edad y firmeza no son claras, aunque algunos autores creen que una positiva es la más plausible, o sea que las personas adultas son más punitivas que las jóvenes; algunos estudios reportan que estar casado se relaciona con una mayor firmeza, si bien coexisten con resultados nulos; en materia de religiosidad, la investigación empírica informa tanto de hallazgos nulos como de asociaciones significativas positivas, aunque cuestión diferente es el fundamentalismo religioso, que parece estar relacionado con la firmeza; la ideología política normalmente se asocia con la firmeza en un sentido claro, con los conservadores puntuando más alto; y lo mismo puede decirse respecto a la formación o el nivel de estudios: un nivel menor predice una mayor firmeza, por mucho que una vez más existan hallazgos nulos y de relaciones no lineales e indirectas; finalmente, pasando a experiencias relacionadas con el delito, la victimación sexual vicaria –tampoco la directa, como se dijo– no parece predecir la firmeza (75).

Pues bien, nuestro estudio número 3.393 del CIS incluye numerosos ítems que podemos utilizar para estimar controles, siempre respecto a la firmeza frente a la violencia sexual contra las mujeres y frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona –la mayor parte de los cuales proceden de la revisión que acaba de ofrecerse–: «edad»; y «sexo» (Mujer=1; Hombre=0); «estado

---

,7; 1=1.804, 76,3; N=2.365, para P10.06; 0=442, 18,3; 1=1.971, 81, 7; N=2.413, para P10.07; 0=527, 21; 1=1.913, 78,4; N=2.440, para P10.08.

(75) Sobre los correlatos de la firmeza a nivel individual, *vid.* Aizpurúa González, *Las actitudes punitivas de los españoles…*, *op. cit.*, *passim*.

civil», o sea si se está casado/a por un lado (=1) o no porque se está soltero/a, viudo/a, separado/a o divorciado/a por otro (=0) (P15); «religiosidad» estimada de modo ordinal por la frecuencia con que se asiste a misa u otros oficios religiosos (Nunca=1; Varias veces a la semana=6) (P20); si se dispone de la «nacionalidad» española (=1) o no (=0) (76) (P00); «ingresos» totales del hogar (Más de 5.000 euros=1; Menos de 1.100 euros=6) (P22); «ideología» según la escala de autoubicación ideológica (P16); y nivel de «formación» o estudios (PP18 y 18a) (77); si se conoce «personalmente a alguna mujer que, en algún momento de su vida, haya sufrido una agresión sexual en…» «Su círculo familiar o de amistades» (P13.01), «En la zona donde vive, en su vecindario» (P13.02) y «En su lugar de trabajo y/o estudio» (P13.03) –«victimación sexual vicaria», que puede haberse experimentado en alguno o varios de los contextos (=1) o en ninguno (=0)–; y si «En algún momento de su vida ¿se ha sentido discriminado/a, no se le ha permitido hacer algo, se le ha molestado o le han hecho sentirse inferior…» por causas como la etnia, la opción sexual, discapacidad… o «Por cualquier otra causa» (P01), «discriminación» que puede haberse experimentado por al menos uno de estos motivos (=1) o por ninguno (=0).

Por lo tanto y aparte de nuestras variables independientes en sentido estricto, los diez factores potencialmente asociados a la firmeza frente a delitos y conductas desviadas para los que tenemos información son los siguientes: edad, sexo, estado civil, religiosidad, nacionalidad, ingresos totales del hogar, ideología, nivel de formación, discriminación y victimación sexual vicaria. La Tabla 1 muestra los estadísticos descriptivos más importantes de las variables utilizadas a continuación en nuestros análisis de regresión.

Tabla 1. Estadísticos descriptivos de las variables utilizadas en este estudio

	Mínimo	**Máximo**	**Media**	**D.T.**	**N**
Firmeza c/mujer	−2,96	1,678	,000	1,022	2.509
Firmeza comentarios	0	1	,466		2.347
Sexo	0	1	,482		2.509
Edad	18	94	48,734	16,076	2.509
Estado civil	0	1	,514		2.504

(76) Los valores entre paréntesis en el texto hacen referencia a la variable que se ha utilizado en el presente estudio.

(77) La variable formación o nivel de estudios ha sido recodificada del modo siguiente: 0=0; 1=1; 2=2; 3-4=3; 5-6=4; 7-9=5; 10-12=6; 13 y 15=7; 14=8; 16=datos perdidos.

	Mínimo	Máximo	Media	D.T.	N
Religiosidad	1	6	1,903	1,394	2.498
Nacionalidad	0	1	,942		2.509
Formación	0	8	4,844	1,491	2.485
Ideología	1	10	4,701	2,292	2.278
Ingresos hogar	1	6	3,664	1,456	2.373
Victimación sexual vicaria	0	1	,514		2.460
Discriminación	0	1	,617	,486	2.504
Definiciones	–3,481	,937	–,021	1,035	2.509
Victimación sexual directa	0	1	,22		1.203
Feminismo	1	4	2,622	,889	2.431
Feminismo#1	N=309	%=12,71			
Feminismo#2	N=666	%=27,4			
Feminismo#3	N=1.090	%=44,84			
Feminismo#4	N=366	%=15,06			

4.6 **Estrategia analítica**

Para contrastar nuestras hipótesis emplearemos en lo fundamental análisis de regresión lineal y logística con errores típicos robustos por defecto y con una intensa atención a sus asunciones. Recordemos que presentamos hipótesis planteadas como alternativas o nulas en sentido estricto por motivos estratégicos. Como también sabemos, contamos con dos variables respuesta: la violencia sexual contra las mujeres –incluida en H_1, $H_{3nf,}$ H_{3f} y H_4– y los comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona –incluida en H_2, $H_{5nf,}$ H_{5f} y H_6. Nuestras variables independientes utilizadas en nuestras conjeturas son también tres: actitudes feministas –empleada en H_{3nf}, H_{3f}, H_{5nf} y H_{5f}– y victimación sexual directa –incluida en H_4 y H_6–, aparte de definiciones –mencionada en H_1 y H_2. Dicho con otras palabras, nuestras conjeturas se organizan en torno a dos ejes. En el caso de H_4 y H_6 utilizaremos únicamente la submuestra de mujeres, ya que son las únicas a quienes se interrogó sobre si habían sufrido ellas mismas una agresión sexual. Nuestra estrategia analítica consistirá en añadir las actitudes feministas (M_{a2} y M_{b2}) a un primer modelo con todos los controles, incluida la variable independiente definiciones (M_{a1} y M_{b1}); y, finalmente, sumar la victimación sexual directa para la submuestra de mujeres (M_{a3} y

M_{b3}). La Tabla 2 indica en qué modelos se contrasta de modo específico cada hipótesis, si bien otros pueden ser igualmente relevantes para dicho contraste.

Tabla 2. Correspondencia entre hipótesis y modelos en que se contrastan

Hipótesis	Modelo
H_1	M_{a1}
H_2	M_{b1}
H_{3nf}	M_{a2}
H_{3f}	M_{a2}
H_4	M_{a3}
H_{5nf}	M_{b2}
H_{5f}	M_{b2}
H_6	M_{b3}

V. RESULTADOS

5.1 **Firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer**

Comenzamos analizando nuestra primera variable dependiente «firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer». Como vimos, la hipótesis de la asociación negativa se refiere a la firmeza existente en la actualidad derivada de la actividad del Sistema de Administración de Justicia. P02 del cuestionario del estudio 3.393 del CIS pregunta precisamente si ciertas conductas violentas contra una mujer «siempre deben ser "castigadas por la ley"» (78), esto es que «castigo» y «ley» tienen que referirse y deben ser entendidas por los encuestados como «las que existen en la actualidad». Sin esta última asunción, perfectamente plausible en todo caso, los encuestados podrían tener en mente formas de «castigo» (que podrían incluso figurar en una «ley» futura) tan heterogéneas que los datos serían ruido blanco y resultaría difícil observar algún patrón que no fuera azaroso. Los resultados de regresar firmeza sobre tres conjuntos de variables independientes y controles figuran en la Tabla 3.

(78) Énfasis añadido. La aclaración figura tanto en el enunciado como en la tercera categoría de respuesta.

Tabla 3. Regresión lineal: *firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer*

	M_{a1} Muestra completa			M_{a2} Muestra completa			M_{a3} Solo mujeres		
	b	ETR	β	b	ETR	β	b	ETR	β
Sexo	−,115**	,041	−,057	−,153***	,042	−,075			
Edad	−,005***	,001	−,083	−,006***	,002	−,091	−,006**	,002	−,093
Nacionalidad	NS	,093	,009	NS	,092	,005	NS	,13	−,01
Estado civil	NS	,045	−,003	NS	,045	−,005	NS	,064	−,022
Religiosidad	NS	,019	,017	NS	,017	,134	NS	,027	−,005
Estudios	NS	,016	−,024	NS	,016	−,011	NS	,025	,007
Ideología	−,042***	,01	−,094	−,032**	,011	−,072	−,054***	,014	−,128
Victimación sexual vicaria	NS	,042	,015	NS	,043	,014	NS	,069	−,012
Discriminación	NS	,569	−,012	NS	,045	−,009	NS	,068	−,007
Ingresos	NS	,016	−,003	NS	,016	−,005	NS	,025	,003
Definiciones	,37***	,023	,376	,36***	,022	,361	,314***	,04	,285
Feminismo#2				NS	,08	,019	NS	,163	−,054
Feminismo#3				,202*	,081	,099	NS	,162	,03
Feminismo#4				,294**‡	,092	,101	NS	,169	,04
Victimación sexual directa							,142+	,074	,061
Constante	,516**	,33		,383*	,194		NS	,327	
R^2_{adj}	,17			,194			,167		
N	2.116			2.064			940		
Durbin-Watson	2,096			2,087			2,022		
FIV≤	1,36			3,28			5,85		
p para Breusch-Pagan	<,0001			<,0001			<,0001		
p para Ramsey	<,0001			<,0001			=,0147		
Rango BFBetas	−,182 ,316			−,168 ,306			−,278 ,357		

+: p<0,1; *: p<0,05; **: p<0,01; ***: p<0,0005.

‡p para contraste de predicciones lineales marginales<0,0005 (gl=3).

Nuestro primer modelo de regresión lineal (M_{a1}), realizado con la muestra total, es altamente significativo desde un punto de vista estadístico (p para F<0,001) y explica algo más del 17 por ciento de la varianza (R^2_{adj}=0,174; N=2.116), si bien apenas incluye variables explicativas derivadas de teorías, sino predictores. Tanto el sexo como la edad se asocian con la firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer en el sentido de que los hombres y según los encuestados son más jóvenes son también más firmes. También con la ideología se puede descartar el azar con una cierta seguridad, aunque con la sorpresa no menor de que según se es más conservador, menos se puntúa en nuestra variable respuesta (coeficiente no estandarizado [b]=−0,042). A nivel bivariado se confirma el signo negativo del coeficiente (b=−0,08; error típico robusto [ETR]=0,009; p<0,0005; número de observaciones [N]=2.278). Finalmente, las definiciones se revelan igualmente como un factor (explicativo) estadísticamente significativo, alcanzando además el mayor tamaño de los efectos de acuerdo con los estadísticos estandarizados. Puesto que «definiciones» procede de una extensión de la teoría del aprendizaje social, cuya ampliación a la firmeza ha sido propuesta formalmente, esta última observación no es sorprendente. H_1 queda así sustentada empíricamente. Ni nacionalidad, ni estado civil, ni religiosidad, ni nivel de estudios, ni victimación sexual vicaria, ni discriminación, ni ingresos alcanzan la significación estadística, como tampoco en el modelo segundo (M_{a2}) ni en el tercero (M_{a3}).

Nuestra segunda ecuación añade a la primera nuestra estimación de feminismo, con el resultado de un aumento en el coeficiente de determinación corregido del diez por ciento. Aunque «feminismo» sólo contiene cuatro valores ordinales, no sería descabellado ni implausible introducirla como tal en nuestros análisis como variable independiente. Sin embargo, he optado por la estrategia más conservadora de crear tres variables ficticias, dejando la categoría más baja como referencia. Al realizar este ejercicio, las actitudes feministas se muestran como un predictor estadísticamente significativo de nuestra variable dependiente: en comparación con quienes se ubican en el valor más bajo de las actitudes feministas –al creer que las desigualdades entre hombres y mujeres son «Casi inexistentes»–, quienes se encuentran en los niveles tercero –«Bastante grandes»– y cuarto –«Muy grandes»– puntúan más alto en firmeza. Pruebas adicionales confirman este hallazgo: por ejemplo, p para contraste de predicciones lineales marginales=0,0005 (grados de libertad [gl]=3). Si se hubiera introducido «feminismo» como variable única –en vez de como tres ficticias–, poco hubieran variado los resultados: b=0,111; ETR=0,028; p<0,0005; coeficiente estandarizado [beta]=0,096. La asociación, por lo tanto, es positiva: según se albergan actitudes más

feministas, más firme se muestra el encuestado. Esto implica el rechazo de H_{3nf} y, de modo correlativo, el respaldo de su opuesta H_{3f}. Los hallazgos relativos a la edad, el sexo, la ideología y las definiciones son prácticamente idénticos a los de M_{a2}, con coeficientes que apenas varían –y nunca en sentido estadísticamente significativo (79).

Como es habitual en los estudios de encuesta, existe una cierta pérdida de datos por no respuesta al nivel del ítem. En concreto, M_{a2} utiliza 2.116 de las 2.509 encuestas realizadas (84,34 por ciento). Aunque es una pérdida moderada, es conveniente algún tipo de acción correctora, por ejemplo la imputación múltiple mediante ecuaciones encadenadas. En este ejercicio utilizamos, aparte de las incluidas en la ecuación, tres variables pasivas, que sólo se emplean en este paso: tamaño del municipio, tipo de teléfono y P11 –«¿Cree Ud. que las mujeres que sufren una agresión sexual lo denuncian siempre que sucede, en la mayor parte de las ocasiones, en pocas ocasiones, casi nunca o nunca?», con cinco categorías de respuestas sustantivas posibles. Nuestro ejercicio ha realizado 150 imputaciones y su semilla de aleatorización ha sido 260711 (80). Con 1.500 iteraciones, la eficiencia relativa del procedimiento ha sido para cada variable superior al 0,999. Como resultado, el análisis de regresión con datos imputados utiliza 2.347 observaciones, esto es el 93,54 por ciento del total muestral. En este ejercicio con datos perdidos imputados no se aprecia ninguna novedad digna de mención en referencia a los análisis ordinarios. Por ejemplo, para la variable única «feminismo»: coeficiente=0,114; ET=0,025; p<0,0005.

Pasamos a nuestro tercer modelo, en el cual sólo empleamos la submuestra de mujeres para contrastar la hipótesis de que las víctimas sexuales son neutrales frente a la firmeza frente a la violencia sexual contra las mujeres (H_4). M_{a3} no presenta novedades respecto a sus hermanos –edad, ideología y definiciones conservan la significación estadística–, con la excepción de que ahora ninguno de los tres términos de actitudes feministas predice la firmeza –aunque cuando se introduce la variable directamente, sin construir variables ficticias, sí se alcanza la significación a nivel marginal (b=0,08; ETR=0,043; p=0,062; N=940) (81). La victimación sexual directa se asocia positivamente, aunque también de modo estadísticamente marginal, con la firmeza

(79) En efecto, los intervalos de confianza al 95 por ciento para b_{sexo} en M_{a1} y M_{a2} se solapan.

(80) Las especificaciones son exactamente las mismas en todos los esfuerzos de imputación de datos de este artículo, de modo que no insistiré en ello.

(81) En este modelo desaparecen los indicadores de multicolinealidad (factores de inflación de la varianza [FIVs]≤1,41) sin grandes cambios en los resultados (p para victimación sexual directa=0,048), lo que sugiere que no son preocupantes.

(p=0,062) (82). En puridad, por lo tanto, no se ha rechazado la hipótesis de ausencia de asociación entre victimación sexual directa y firmeza en el ámbito de la violencia sexual contra las mujeres (H_2), esto es al nivel habitual alfa=0,05, pero sí al alfa=0,1. En todo caso no se puede descartar un impacto incluso directo y positivo sobre firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer: a nivel bivariado la asociación es clara (b=0,3; ETR=0,064; p<0,0005; N=1.203; coeficiente de determinación corregido=0,015). En efecto, M_{a3} emplea 940 observaciones de un total de 1.210 mujeres (83), lo cual representa una pérdida de algo más del 20 por ciento de la submuestra; y, cuando se repite con imputación de datos perdidos (eficiencia≤0,999), la victimación sexual directa alcanza, ahora sí, la significación estadística (coeficiente=0,178; ET=0,072; p=0,014; N=1.139). Lo mismo ocurre en el análisis con imputación de datos perdidos con feminismo como variable única en vez de mediante tres ficticias (coeficiente=0,114; ET=0,039; p=0,003).

5.2 **¿Efectos diferenciales según generación?**

A lo largo de su exposición, Gruber especula con potenciales efectos diferenciales del feminismo sobre la firmeza frente a la violencia contra la mujer en atención a la edad y, en particular, a la generación a que se pertenece (84). Dicho en términos más técnicos, lo que propone es una interacción entre feminismo por un lado y generación de la que se forma parte por otro. Ciertamente el concepto de generación y, sobre todo, su delimitación presenta un serio problema. Aquí hemos distinguido entre cinco (85): la Generación Silenciosa (a la que pertenecen los nacidos entre 1928 y 1945), la de los Baby Boomers (nacidos entre 1946 y 1964), la X (nacidos entre 1965 y1980), los Milenials (nacidos entre 1981 y 1996) y la genera-

(82) Este hallazgo no varía cuando se emplean errores típicos HC2 (p=0,062), HC3 (p=0,062) u obtenidos mediante bootstrap (replicaciones=1.000; semilla=260711) (p=0,047). Sobre el número de replicaciones, *vid.* PATTENGALE, N. D.; LIPOUR, M.; BININDA-EMONDS, O. R. P.; MORET, B. M. E., y STAMATAKIS, A., «How many bootstrap replicates are necessary?», en Batzoglou, S. (ed.): *Research in computational molecular Biology. RECOMB 2009. Lecture notes in computer science*, 5.541, Springer, Berlin y Heidelberg, 2009, pp. 184-200. Sin embargo, aquí encontramos la primera matización cuando se reiteran los análisis introduciendo la ponderación ofrecida por el CIS: ahora p para victimación sexual directa=0,033 (b=0,155; ETR=0,073; coeficiente de determinación corregido=0,177).

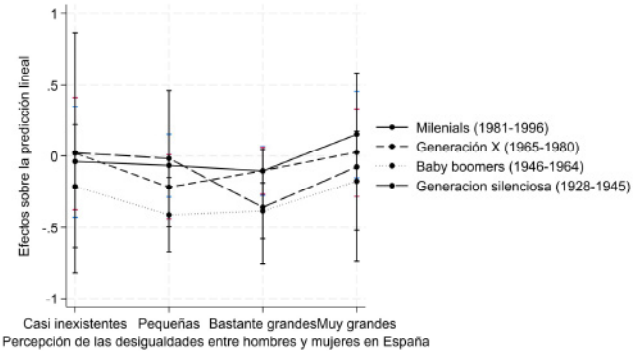
(83) No es posible imputar los datos perdidos en la variable victimación sexual directa ya que el proceso de pérdida no puede ser aleatorio.

(84) GRUBER, *The feminist war on crime…*, *op. cit.*, pp. 5, 15 y 151.

(85) Se trata de una clasificación en buena medida arbitraria. Esfuerzos alternativos no han arrojado nada distinto digno de mención.

ción Z (nacidos entre 1997 y 2010, aunque la edad mínima para participar en la encuesta CIS 3.393, de 2023, eran los dieciocho años). Nuestros datos, por lo tanto, permiten construir una variable nominal de Generación con cinco categorías: Generación Silenciosa (3,43 por ciento), Baby Boomers (21,48 por ciento), X (33,52 por ciento), Milenials (29,53 por ciento) y Z (12,04 por ciento), que será nuestra categoría de referencia. Existen varios modos de contrastar la hipótesis de efectos interactivos (86), pero en ninguno de ellos se encuentran pruebas favorables a la misma (datos no mostrados) (87). Por ejemplo, el Gráfico 1 muestra los efectos marginales condicionales devueltos por la herramienta margins de Stata 19 (88) y revela unas líneas que no se cruzan, esto es que no existen efectos diferenciales de las actitudes feministas sobre la firmeza frente a la violencia contra la mujer según la generación a que se pertenece.

Gráfico 1. Efectos marginales condicionales con IC al 95 %



5.3 **Firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona**

Pasemos a nuestra segunda variable respuesta: «la firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona». Los resultados relativos a la misma figuran en la Tabla 4.

(86) Sobre el contraste de hipótesis interactivas en estos supuestos, *vid.* KAUFMAN, R. L., *Interaction effects in linear and generalized linear models*, Sage, Los Angeles, 2019, pp. 34-46.

(87) Tampoco se ha detectado ninguna interacción entre feminismo y edad, si bien Gruber insiste en el concepto de generación.

(88) No se han incluido controles y se han tratado ambas variables como nominales. La generación Z ha sido tratada como referencia.

Tabla 4. Regresión logística: *firmeza frente a infracciones (contra hombres o mujeres) en el ámbito de internet y las redes sociales*

	M_{b1} Muestra completa			M_{b2} Muestra completa			M_{b3} Solo mujeres		
	RV	ETR	Coef	RV	ETR	Coef	RV	ETR	Coef
Sexo	1,32**	,128	,278	1,262*	,128	,232			
Edad	1,013***	,004	,013	1,013***	,004	,013	NS	,005	
Nacionalidad	NS	,33		NS	,307		NS	,525	
Estado civil	1,257*	,131	,228	1,273*	,137	,242	NS	,184	
Religiosidad	1,069+	,042	,067	NS	,043		1,147*	,069	,137
Estudios	,855***	,032	−,157	,867***	,033	−,143	,84***	,049	−,175
Ideología	NS	,023		NS	,026		NS	,035	
Victimación sexual vicaria	NS	,112		NS	,114		NS	,173	
Discriminación	NS	,089		NS	,095		NS	,155	
Ingresos	1,144***	,043	,135	1,125**	,043	,117	NS	,062	
Definiciones	1,413***	,073	,346	1,369***	,076	,314	1,303**	,123	,265
Feminismo#2				NS	,179		NS	,252	
Feminismo#3				1,519*	,271	,418	NS	,442	
Feminismo#4				2,021**‡	,429	,704	NS	,676	
Victimación sexual directa							NS	,185	
Constante	,281**	,12	−1,27	,203**	,095	−1,596	NS	,656	
pseudoR^2	,067			,072			,054		
N	2.007			1.964			882		
p para Hosmer-Lemeshow	,847			,311			,346		
FIV≤	1,35			3,31			5,88		

+: p<0,1; *: p<0,05; **: p<0,01; ***: p<0,0005.
‡p para test de Wald<0,0005 (gl=3).

Nuestro primer modelo de regresión logística (M_{b1}) es pobre (pseudocoeficiente de determinación=0,067; N=2.007). Sexo y edad se asocian con la firmeza, aunque ahora son las mujeres y los encuestados de más edad quienes puntúan más alto en firmeza. La ideología no alcanza la significación estadística –tampoco en análisis bivariados (p=0,747). En análisis multivariados con imputación de datos perdidos, con la excepción a nivel marginal de la repetición de M_{b2} (coeficiente=0,045; ET=0,024; p=0,055; N=2.218), la ideología sigue sin predecir la variable respuesta de modo que pueda excluirse el azar. La formación –en el sentido negativo esperado– y las definiciones se revelan como factores (explicativos) estadísticamente significativos –favoreciendo, pues, H_2. El estado civil predice la firmeza en el sentido de que quienes están casados muestran niveles más elevados de firmeza; lo mismo que aquellos cuyos hogares cuentan con menos ingresos (89). M_{b2} (pseudocoeficiente de determinación=0,072; N=1.964), que no varía en nada digno de mención en referencia a los factores de M_{b1}, refleja que las actitudes feministas son un predictor estadísticamente significativo de nuestra variable dependiente: en comparación con quienes se ubican en el valor más bajo de las actitudes feministas –«Casi inexistentes»–, quienes se encuentran en los niveles tercero –«Bastante grandes»– y cuarto –«Muy grandes»– son más firmes al nivel alfa=0,05: según se albergan actitudes más feministas, más firmeza muestra el encuestado. Esto implica el rechazo de H_{5nf} y, de modo correlativo, el respaldo de su opuesta H_{5f}. En nuestro tercer modelo, que es ciertamente pobre (pseudocoeficiente de determinación=0,054; N=882), sólo religiosidad, estudios y definiciones –por lo tanto, no feminismo (90)– se asocian con la firmeza en el sentido estadísticamente significativo habitual. Por lo tanto, no se ha rechazado la hipótesis de ausencia de asociación entre victimación sexual directa y firmeza en el campo de los comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona (H_6) (91), lo cual no es sorprendente dada la desconexión

(89) La asociación de firmeza con los ingresos del hogar es poco robusto en nuestro estudio en sentido global, pero podría adscribirse a una menor seguridad por parte de quienes tienen más difícil contar con sustento económico familiar en caso de necesitarlo. Existen muchas pruebas de la asociación entre inseguridad y niveles más elevados de firmeza, SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad…*, *op. cit.*, pp. 450-456 y 478-479.

(90) Aquí aparece nuestra segunda matización cuando se repiten los análisis utilizando la ponderación ofrecida por el CIS: ahora para el término Feminismo#4=0,05 (razón de las ventajas [RV]=2,196; ETR=0,882), para un modelo igualmente pobre en su conjunto (pseudocoeficiente de determinación=0,057).

(91) Como vimos *supra*, el ítem «Obligar a la pareja a mantener relaciones sexuales no deseadas» (P06.01) –cuyas tres posibles respuestas sustantivas se reduje-

entre la naturaleza de la victimación y el objeto de la firmeza. Ahora la imputación de datos perdidos no ofrece nada digno de mención en comparación con los resultados con información completa.

5.4 **Comprobación de las asunciones de los modelos**

Aunque no siempre se hace de manera exhaustiva y sistemática, es preciso comprobar las asunciones de los modelos de regresión y, en el común caso de que se encuentren pruebas de violaciones de las mismas, valorar su potencial impacto y, si es posible, ensayar posibles correctivos. Comenzaré con M_{a2} y M_{a3}, y, además, me limitaré a los aspectos en que se han detectado problemas evidentes.

Una de las asunciones del método de mínimos cuadrados ordinarios es que se estime el modelo correcto (92). Eso quiere decir que en el mismo se incluyan y se incluyan sólo las variables (independientes y controles) apropiadas –aparte de que se haga en la forma funcional

---

ron a una dicotomía (1=firmeza alta; 0=firmeza baja)– no fue empleado en nuestra estimación de violencia sexual contra la mujer debido a que no implica que la víctima sea necesariamente una mujer. Por lo tanto, en principio podría emplearse como una medida más general de firmeza (frecuencia y porcentaje válido para 0=519, 21,33; 1= 1.914, 78,67; N=2.433), aunque enseguida vamos a ver que esto es discutible. Cuando lanzamos tres modelos de regresión logística paralelos a M_{b1}, M_{b2} y M_{b3} con P06.01 como variable respuesta encontramos hallazgos familiares. En el primer modelo sin feminismo ni victimación sexual directa (pseudocoeficiente de determinación=0,065; N=2.056), las definiciones se muestran como un predictor estadísticamente significativo (RV=1,521; p<0,0005); cuando se añaden las tres variables ficticias de feminismo (pseudocoeficiente de determinación=0,074; N=2.011) lo recién señalado se mantiene (RV=1,478; p<0,0005) y quienes consideran que las desigualdades entre hombres y mujeres en nuestro país son bastante grandes muestran más firmeza que quienes consideran que son casi inexistentes (RV=1,681; p<0,01), lo cual no ocurre, sin embargo, con quienes consideran las diferencias muy grandes (RV=1,318; p=0,232), categoría con una N relativamente baja –aunque las tres son significativas en un modelo sin controles; lo mismo que cuando P06.01 se introduce como variable única con cuatro valores (pseudocoeficiente de determinación=0,07; N=2.011; RV=1,181; p<0,05)–; por último, la victimación sexual directa no predice la variable respuesta cuando se introduce con la muestra limitada a las mujeres (pseudocoeficiente de determinación=0,077; N=916). Lo más importante para nosotros es que, aunque más modestamente, también estos ejercicios favorecen una asociación positiva entre actitudes feministas y firmeza. Ahora bien, aunque es cierto que la víctima de este acto no tiene que ser necesariamente una mujer, no es descabellado pensar justamente que es lo que tenían en mente los encuestados al contestar ya que el caso de la víctima masculina en estos supuestos es mucho menos probable. De ser esto así, algo que aquí no podemos valorar, las pruebas alrededor de H_4 se desvanecerían.

(92) Gujarati, D. N., *Econometría* (trad. D. Garmendia y G. Arango, revisión técnica de M. Misas), 4.ª ed., McGraw-Hill, México, 2004, pp. 487-488; Kennedy, P., *A guide to Econometrics*, 5.ª ed., The MIT Press, Cambridge, 2003, pp. 81-82 y 85-86.

adecuada (93). El no cumplimiento de esta (doble) condición implica un «error de especificación». Por lo tanto, el mismo puede provenir tanto de la inclusión de variables irrelevantes (94); como de la no inclusión de variables relevantes –normalmente el aspecto más serio. Gujarati señala que un modelo debería ser «inclusivo», esto es «abarcar o incluir a todos los modelos rivales» (95), pero esto es difícil de hacer en la práctica, sobre todo cuando estos modelos rivales no están formalizados y se emplean datos secundarios, aparte de poder generar un problema de dimensionalidad. Cuando las variables incorrectamente excluidas del modelo –que en realidad entran en el modelo de regresión, pero «en el término de error»– correlacionan con las incluidas, algo que en la práctica no debe ser inhabitual, éstas pasan a correlacionar con el término de error. En estos casos, la variable –o variables– incluida en el modelo toma parte del impacto de la excluida sobre la variable dependiente. La dirección y magnitud del error dependen de ciertas circunstancias, pero los estimadores de las variables del modelo estarán sesgados; y el error estándar se verá reducido artificialmente (96). Es importante comprender que la especificación de los modelos «tiene un carácter fundamentalmente teórico» (97), pero justamente por ello podemos sospechar aquí un problema. La prueba del error de especificación en regresión o test RESET, propuesto por Ramsey, permite contrastar la ausencia de variables omitidas (98). Utilizando la variable dependiente (99), no es posible rechazar la hipótesis nula de que el modelo M_{a2} –tampoco M_{a3}– no omite variables. El presente problema suele tratarse por la literatura de modo iterativo, eliminando factores irrelevantes y añadiendo términos adicionales a la ecuación. En nuestro caso, hemos eliminado los predictores que no alcanzaron la significación estadística a excepción del nivel de estudios –cuya influencia genérica es fuertemente respaldada por la investigación empírica– y hemos añadido la transforma-

(93) Esta exigencia puede interpretarse desde el punto de vista de una cierta y muy cautelosa aproximación a un «modelo verdadero»[(1)] o bien desde el más modesto del «ajuste a los datos y utilidad del modelo»[(2)]. Como indiqué en la introducción, es una cuestión delicada, pero es legítimo pensar en la existencia de una «verdad» que es buscada por la ciencia.

(1) Gujarati, *Econometría*, *op. cit.*, p. 498.

(2) Kennedy, *A guide to Econometrics*, *op. cit.*, p. 81.

(94) Gujarati, *Econometría*, *op. cit.*, pp. 494-495.

(95) *Ibid*., p. 488 (énfasis suprimido).

(96) *Ibid*., pp. 491-495.

(97) *Ibid*., p. 488.

(98) *Ibid*., pp. 501-503.

(99) El test con las variables de la parte derecha de la ecuación no permite incluir la transformación cuadrática de «definiciones» al detectar multicolinealidad.

ción cuadrática de definiciones y hemos logrado resolver la complicación. Esto significa por una parte que el problema de variables omitidas podría no ser severo; y, por otra y desde un punto de vista sustantivo, que la asociación entre definiciones y firmeza podría no ser lineal. En ese modelo reducido y sin problemas evidentes de variables omitidas, de nuevo se aprecian las mismas asociaciones de M_{a2} de la Tabla 3: las mujeres reflejan una menor firmeza (b=–0,167; ETR=0,04; p<0,001), igual que según se es más joven (b=–0,006; ETR=0,001; p<0,0001) y más de derechas (b=–0,029; ETR=0,01; p<0,005); al tiempo que tanto definiciones (b=0,434; ETR=0,031; p<0,001) como su transformación cuadrática (b=0,049; ETR=0,018; p<0,01) predicen la variable dependiente; y, finalmente, lo mismo ocurre con el feminismo, cuyas categorías tres (b=0,219; ETR=0,078; p<0,01) y cuatro (b=0,336; ETR=0,089; p<0,0005) alcanzan la significación estadística en el sentido ya conocido, esto es que son más firmes quienes albergan actitudes más feministas (para el modelo, coeficiente de determinación=0,198; N=2.202).

El método de los mínimos cuadrados ordinarios asume que la varianza de los términos de error es constante, esto es homocedasticidad (100), algo que no se da en nuestro caso (por ejemplo, p para test de Breusch-Pagan en M_{a2}<0,0005). La literatura expone varios procedimientos para afrontar esta situación (101), como el recurso a errores típicos consistentes con la heterocedasticidad HC2 o HC3 (102), cuyo empleo en nada afecta a los hallazgos de las Tablas 3 y 4. El empleo de regresión lineal heterocedástica también devuelve los mismos resultados; por ejemplo, para victimación sexual directa en M_{a3}: b=0,135; ETR=0,074; p=0,068 (N=940). Naturalmente, el método de los mínimos cuadrados ordinarios –y la regresión en general– precisa variables que correlacionen entre sí, algo que suele ocurrir a menudo en ciencias humanas y sociales. Sin embargo, cuando dos variables independientes correlacionan de modo muy elevado –y también existe una conexión con la variable dependiente–, el método no es capaz de separar los efectos de cada una de ellas y los estimadores dejan de ser los mejores estimadores lineales insesgados –lo que en jerga estadística se suele denominar BLUE. Algunos de nuestros modelos arrojan factores de inflación de la varianza relativamente elevados (por ejemplo, FIVs para M_{a3}≤5,85). Sin embargo, en todos los casos esto es debido a nuestras variables ficticias: cuando feminismo se incorpora

(100) Berry, W. D., *Understanding regression assumptions*, Sage, Newbury Park, 1993, pp. 12, 67 y 72-81.

(101) Gujarati, *Econometría*, *op. cit.*, pp. 400-407.

(102) *Ibid*., pp. 403-404.

como variable única, cualquier duda se desvanece, sin que nada digno de mención ocurra en los resultados (por ejemplo, FIVs para M_{a3}≤1,41). Algunas comprobaciones apuntan a la presencia de outliers y quizá puntos de influencia que podrían alterar en alguna medida los resultados. Así resultan particularmente útiles «estadísticos de influencia» como las diferencias en las Betas (DfBetas). La doctrina ha propuesto puntos de corte que llaman a revisar los supuestos para los que, en nuestro caso, |DfBetas|>2/√n. Repetidos los análisis, nada digno de mención cambia en M_{a1}-M_{a2} cuando se excluyen las observaciones con |DfBetas| superiores al valor crítico que corresponda en cada caso. En M_{a3} la victimación sexual directa pierde su significación significativa incluso a nivel marginal (p=0,231; N=833) en estos ejercicios. Otra opción en presencia de outliers o puntos de influencia es la regresión robusta (103), con la que de nuevo se replican los hallazgos originales para nuestros tres modelos (constante=7). Así, para el caso de la variable victimación sexual directa en M_{a3}, que recupera su significación estadística a nivel alfa=0,1 (b=0,137; error típico [ET]=0,078; p=0,079; N=940).

Los modelos de regresión logística (M_{b1}, M_{b2} y M_{b3}) no presentan pruebas evidentes de violación grave de las principales asunciones que deban preocuparnos (p para Hosmer-Lemeshow=0,312). En particular, en un test de enlace, p para hat<0,0005; p para hat^2, NS; esto es que no hay pruebas de un problema de variables omitidas –lo cual, sin duda, no quiere decir que no lo haya, si bien en modelos más sencillos se replican todos nuestros hallazgos sustantivos.

VI. DISCUSIÓN

Nuestro estudio ha arrojado pruebas favorables a la hipótesis de la asociación positiva entre firmeza y actitudes feministas (H_{3f} y H_{5f}) frente a la opuesta de la asociación negativa (H_{3nf} y H_{5nf}), derivadas ambas del feminismo en cuanto que movimiento heterogéneo: las actitudes feministas se relacionan positivamente con la firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer y frente a los comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona, hombre o mujer. Por el contrario, nuestros análisis son relativamente poco robustos respecto a las hipótesis relativas al impacto de la victimación sexual directa sobre nuestra variable res-

(103) Andersen, R., *Modern methods for robust regression*, Sage, Los Angeles, 2008, pp. 1 y 3-4.

puesta violencia sexual contra la mujer (H_4): un coeficiente positivo alcanza la significación estadística a nivel marginal (alfa=0,1) y al habitual cuando se imputan los datos perdidos –en el caso de H_6 no se vislumbra asociación alguna. Las definiciones se relacionan de modo altamente significativo con las dos variables dependientes: según ciertos comportamientos se juzgan graves –concretamente, se consideran acoso–, más probable es que se favorezca la firmeza (H_1 y H_2). Esto es importante porque se trata de una variable derivada de una teoría criminológica –la del aprendizaje social– extendida al campo de la firmeza –un ámbito en el que las investigaciones empíricas frecuentemente no se basan en teoría. Podemos profundizar un poco más en nuestros hallazgos.

M_{a1} y M_{a2} por una parte y M_{b1} y M_{b2} por otra muestran un efecto diferencial del sexo según la variable dependiente: las mujeres reportan menos firmeza en referencia a la violencia sexual sufrida por ellas y más en referencia a los comentarios ofensivos o embarazosos contra hombres o mujeres en el ámbito de internet y las redes sociales (104). Ciertamente, la investigación comparada ha encontrado que el sexo puede asociarse de modo tanto positivo como negativo con la firmeza, pero justamente en los delitos en que únicamente ellas pueden ser víctimas, este hallazgo es inesperado, si bien la diferencia en el signo puede ser debida más a una contingencia, como se acaba de decir algo no desconocido en la investigación comparada, que a un efecto diferencial genuino. Algo parecido se puede decir sobre la edad. Más sorprendente es el influjo también diferencial de la ideología: los conservadores no parecen más firmes respecto a las comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona, aunque esa es casi la norma en la investigación comparada (105); pero resulta que reportan menos firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer. Desde luego, este segundo hallazgo no había sido anticipado, pero quizá podría explicarse por el amplio debate que existía en España desde poco después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2023, de Garantía Integral de la Libertad Sexual en octubre de 2022 y que duraba aún cuando tuvo lugar la recogida de datos aquí analizados a finales de enero del año siguiente. Se trataba de una Ley de corte punitivo feminista, aunque, paradójicamente –*rectius,* de modo ambivalente–, provocó la liberación de un cierto número de

(104) Como sabemos, la victimación sexual directa sólo se había planteado a mujeres, de modo que el sexo no se puede incluir en M_{a3} y M_{b3} –lógicamente se trata de una constante en esta submuestra.

(105) Serrano Maíllo, *El estatus empírico de la teoría comunitaria…*, *op. cit.*, 265.

internos (106), lo cual ocupó una parte importante del debate nacional durante muchas semanas. En la polémica, un cierto volumen de votantes de los partidos políticos que formaban parte del gobierno o al menos lo apoyaban, muchos de ellos de corte progresista, podrían estar ofreciendo respuestas de firmeza alta en el caso de ítems más o menos evocadores de dicha Ley firme como respaldo al gobierno –mientras que los votantes de partidos políticos de la oposición podrían estar expresando su desaprobación hacia el mismo. Por lo tanto, este hallazgo de una asociación (cuantitativamente) negativa entre ideología y violencia sexual contra la mujer, cuando lo habitual es lo contrario, debe interpretarse con cautela, si bien es meridianamente claro que todos los análisis deben controlar por esta variable ideológica. Una explicación alternativa podría ser que el conservadurismo político se asocia con el machismo y, de este modo, con actitudes más tolerantes de conductas destinadas al control de las mujeres –aunque en general se muestren más firmes. Sin embargo y siguiendo a Richard Felson, esta línea argumental cuenta con la dificultad en nuestro ámbito de que la sociedad no sólo trata más duramente a los ofensores que atacan a una mujer que a los que lo hacen contra un hombre, sino que, si la violencia tiene un componente de poder, el ataque de un hombre hacia una mujer podría demostrar el poder del ofensor mismo, pero no de otros hombres (107).

La victimación sexual directa tiene un impacto nulo en la firmeza frente a comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona; pero podría tenerlo, aunque con menos robustez de la deseable estadísticamente, en la relativa a la violencia sexual contra la mujer –significativa desde un punto de vista marginal en M_{a3}, y al nivel habitual cuando se imputan los datos perdidos. En todo caso, incluso hallazgos nulos no parecen haber impedido la solicitud de más castigo en nombre de las víctimas. En efecto, en ocasiones se ha denunciado que éstas son tratadas como meros objetos sin agencia e incapaces de conocer sus intereses, con la conse-

(106) Agustina Sanllehí, J. R., «La cuestión del consentimiento sexual en la reforma de la ley del "sólo sí es sí": justicia social versus garantías penales», en Villacampa Estiarte, C. (dir.): *20 años de legislación protectora integral frente a la violencia contra las mujeres: de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley del solo sí es sí*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 420.

(107) Felson, R. B., «The normative protection of women from violence», *Sociological Forum*, 15, 2000, pp. 92-94; Felson, R. B., «Back to basics: gender and the social Psychology of aggression», en Gartner, R. y McCarthy, B. (eds.): *The Oxford Handbook of gender, sex, and crime*, Oxford University Press, Oxford y New York, 2014, pp. 83-86 y 88-90.

cuencia de que son los expertos quienes deben decidir por ellas (108). Así, Gruber señala que los derechos de las víctimas, que son tratadas como niños, se reducen a la mera solicitud de más firmeza frente al delito, que ¡finalmente se convierte en una obligación! (109).

El objetivo principal de nuestro estudio ha sido la contrastación de dos hipótesis opuestas derivadas ambas del feminismo –o, si se prefiere, de los feminismos–: las de la asociación negativa y positiva entre firmeza y actitudes feministas, con claro respaldo de esta última. Este sustento no sólo aparece para nuestra primera variable respuesta, que se refiere a delitos en los que la mujer es la víctima, que se han dibujado como un instrumento casi por excelencia del control patriarcal, que incorporan un elemento simbólico básico, que cuentan con una cifra negra particularmente elevada y, sobre todo, que son de una enorme gravedad –por no añadir que evoca la Ley 10/2023–; sino también respecto a nuestra medida mucho más general de firmeza, no restringida ni al ámbito sexual ni a la victimación de mujeres. Esto es importante porque los delitos sexuales en general –en los que las mujeres son más frecuentemente víctimas y rara vez autoras o partícipes– muestran importantes particularidades, al menos en el significado que tienen en las sociedades contemporáneas, de modo que podrían marcar una excepción (110). Así, Heberle se hace eco de esta excepcionalidad cuando afirma que, cuando se añade el factor sexual, la violencia en cuanto que daño deja de resultar «obvia» y «se complica lo que de otro modo resultaría un injusto o injusticia sin visos de ambigüedad»: «Si modificas violencia con el término "sexual", se invocarán cuestiones de consentimiento, deseo e identidad en relación al género, el sexo y la sexualidad» (111).

Si el feminismo se asocia con la desconfianza hacia el Sistema de Administración de Justicia, al que llega a considerar machista, y con una ética del cuidado que no es que carezca de motivos para dejar fuera a los infractores, es que éstos son su piedra de toque –¡mucho

(108) Gruber, «The feminist war on crime», *op. cit.*, pp. 751-752, 771, 774-783, 791, 801-802 y 809-812; Gruber, *The feminist war on crime…*, *op. cit.*, pp. 60-61, 66, 96-97 y 105-106; Sanz Mulas, «Conflictos irresueltos en la política criminal contra la violencia de género», *op. cit.*, pp. 322, 329-330 y 335.

(109) Gruber, «The feminist war on crime», *op. cit.*, pp. 770-774. Otro campo abonado para el mismo tratamiento debe encontrarse en la protección de animales, que no saben si sus dueños los maltratan y si, en tal caso, deben ser castigados.

(110) Wacquant, L., *Punishing the poor. The neoliberal government of social insecurity*, Duke University Press, Durham y London, 2009, pp. 209-239.

(111) Heberle, R., «Sexual violence», en Gartner, R. y McCarthy, B. (eds.): *The Oxford Handbook of gender, sex, and crime*, Oxford University Press, Oxford y New York, 2014, p. 59.

menos tendría de moralmente valioso el cuidado de los poderosos!–, este hallazgo demanda una explicación, que quizá se encuentre precisamente detrás de la paradoja recién apuntada. En efecto, no sólo podría existir una tendencia natural del feminismo en cuanto programa de mínimos de lucha contra la desigualdad hacia una baja firmeza, sino que cuando éste denuncia la elevada, ocasionalmente draconiana, firmeza de otros desarrollos feministas particulares –a los que llega a calificar de carcelarios y de verse envueltos en la guerra conservadora contra el delito– viene siempre acompañada por la insistencia en las excepciones e incluso resistencias que ofrece el feminismo hacia esa firmeza feminista. Alcázar Campos y Valenzuela-Vela incluso denuncian que son las propuestas feministas más firmes, esto es ¡no representativas de todo su espectro político-criminal!, las que terminan seleccionándose para inspirar la política criminal (112). Dicho con otras palabras, en realidad esta misma crítica es ambivalente: el feminismo es firme, pero también benévolo a la vez.

En efecto, firmeza y benevolencia no son dos extremos de un único continuo, sino constructos diferentes, de modo que se puede ser benévolo y firme al mismo tiempo. De hecho, la modernidad reflexiva se caracteriza en buena medida por la ambivalencia: los individuos contemporáneos –también los Estados– somos ambivalentes (113). Paradójicamente, «esta ambivalencia es lo que permite ser especialmente firme frente al delito». Así, Gaubatz mantiene que los norteamericanos se han vuelto más punitivos no a pesar de que se han convertido en más liberales en otras cuestiones sociales, sino «al menos en parte porque así es como se han vuelto» (114); y Maguire y Johnson observan que firmeza y benevolencia tienden a moverse a la vez y en el mismo sentido y escriben que «la relación entre actitudes punitivas y progresistas es positiva» (115). En otras palabras, la ambivalencia permite aceptar las propias preferencias de más castigo, verbigracia favorables a la pri-

(112) Alcázar Campos, A., y Valenzuela-Vela, L., «Diálogos feministas sobre el giro punitivo de las políticas públicas: buena madre vs. buena víctima», *Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social*, 22, 2, 2022, p. 5.

(113) Bauman, Z., *Modernity and ambivalence*, Polity Press, Cambridge, 1991, pp. 18-52. Recientemente, Agustina Sanllehí, «La cuestión del consentimiento sexual en la reforma de la ley del "sólo sí es sí": justicia social versus garantías penales», *op. cit.*, pp. 419-420, precisamente ha relacionado la reforma de ciertas leyes penales con la postmodernidad, una de cuyas principales características –al margen de la terminología– es la ambivalencia.

(114) Gaubatz, K. T., *Crime in the public mind*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1995, p. 16.

(115) Maguire, E., y Johnson, D., «The structure of public opinion on crime policy: evidence from seven Caribbean nations», *Punishment and Society*, 17, 4, 2015, pp. 509-510 y 519.

vación de libertad: en efecto, la «dureza contra el delito […] no es algo fácil de digerir» (116), de modo que la ambivalencia puede ayudar a convivir con esta dureza. Por ejemplo, Arbuet Osuna escribe en su alegato en favor de un feminismo antipunitivista que «debería estar grabado en cada protocolo contra la violencia sexista […] que la finalidad de estos códigos es que, si logran su cometido, terminen por ser obsoletos. En este sentido, el abolicionismo penal le da al movimiento feminista […] un horizonte que funciona como vector de acción en el largo y violento "mientras tanto"» (117), que puede interpretarse como una licencia para el feminismo favorable a la firmeza porque en el futuro ésta se desactivará: un Jano firme o benévolo según mire al presente o al futuro.

Para complicar más las cosas, una segunda fuente de ambivalencia remite a la diferenciación que se hizo *supra* en su momento entre este-castigo y otro-castigo. En mi estudio sobre el Informe del Defensor del Pueblo *Una respuesta necesaria* se encontró que el enfoque de justicia restaurativa que proponía aquél para los abusos en el ámbito de la Iglesia no se correspondía con lo que demandaban las víctimas como respuesta –de hecho, cabía incluso preguntarse ¡si era lo que pedía el Defensor del Pueblo! En efecto, en la información referida a las víctimas «contenida en el Informe» éstas apostaban por el Sistema de Administración de Justicia y por nada distinto, al margen de que fuera más o menos firme frente al delito (118); no pedían su sustitución por algo diferente, sino que cumpliera su misión (119). Ahora bien, algunos programas de justicia restaurativa podrían ser más firmes que el Sistema de Administración de Justicia, ser «un lobo con piel de cordero» (120). Así las cosas, reconocer que este-castigo ya no es posible por prescripción o fallecimiento del autor puede abrir la puerta de modo paradójico o ambivalente a otro-castigo. Eso sí, nada en el cuestionario aquí utilizado parece evocar otros-castigos.

---

(116) Gruber, «The feminist war on crime», *op. cit.*, p. 769.

(117) Arbuet Osuna, C., «Esbozos para un feminismo antipunitivista», *Las Torres de Lucca*, 9, 17, 2020, p. 130.

(118) McAlinden, A.-M., *The shaming of sexual offenders. Risk, retribution and reintegration*, Hart, Oxford y Portland, 2007, p. 184, recuerda que no todas las víctimas tienen los mismos deseos, pero en el caso presente la justicia restaurativa no figura entre los más expresados.

(119) *Vid*., en el mismo sentido, el trabajo empírico de Tamarit Sumalla, J. M.; Abad Gil, J., y Hernández-Hidalgo, P., «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», *Revista de Victimología*, 2, 2015, pp. 27-54.

(120) Serrano Maíllo, *Un estudio sobre el informe del Defensor del Pueblo…*, *op. cit.*, pp. 189-204.

El presente trabajo cuenta con limitaciones que deberían tenerse en cuenta a la hora de evaluar sus resultados. Nuestras medidas de firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer y, sobre todo más general, no restringida al ámbito sexual ni al sexo femenino, distan de ser completas. De hecho, la segunda estimación sólo ha utilizado un ítem, además, de naturaleza dicotómica, que sin duda debe contener un elevado error de medición. Aun así, nuestras medidas deberían estar asociadas con el fenómeno subyacente de interés. Más serias incluso son las limitaciones de nuestras medidas de actitudes feministas, algo que, sin embargo, no es inhabitual en la investigación comparada. Herzog explica, en efecto, que los estudios tradicionales han empleado medidas toscas que captan actitudes groseramente hostiles hacia las mujeres, pero no otras mucho más sutiles (121). El mismo revisa esta hipótesis utilizando una metodología de escenarios y dos escalas diferentes de sexismo: anticuado y moderno. En el primer caso, quienes puntúan más alto en la escala reportan actitudes de menos firmeza hacia la violencia personal en el ámbito íntimo, coincidiendo en ello con los estudios tradicionales; pero, sin embargo, en el caso de la escala de sexismo moderno no se observan diferencias estadísticamente significativas (122). De nuevo, sin embargo, hemos mostrado que nuestra medida se asocia de modo estadísticamente significativo con otras más directas y válidas y no hay motivo para no utilizarla como *proxy*. Finalmente, estudios de encuesta generalistas no pueden incluir muchas de las variables teóricamente relevantes, abriendo la puerta a problemas de especificación –aunque se han mostrado pruebas de que ello no parece afectar al contraste de nuestras hipótesis. Sin embargo, nuestra investigación no ha profundizado en las causas y correlatos de las actitudes feministas –sexo, edad, ideología…– que aquí se emplean únicamente como predictores de la firmeza y cuyos efectos, por eso, realmente podrían ser indirectos.

VII. CONCLUSIONES: AMBIVALENCIA Y FIRMEZA

La presente investigación ha encontrado una asociación positiva y significativa desde un punto de vista estadístico entre actitudes feministas y firmeza frente al delito. Esta asociación no se limita a la

(121) Herzog, S., «An empirical test of feminist theory and research. The effect of heterogeneous gender-role attitudes on perceptions of intimate partner violence», *Feminist Criminology*, 2, 3, pp. 225-226.

(122) *Ibid*., pp. 228-232 sobre los datos y 232-236 y 238 sobre los resultados.

violencia sexual contra la mujer, sino que abarca igualmente comportamientos no constreñidos ni al campo sexual ni a las víctimas femeninas, como son los comentarios ofensivos o embarazosos en internet o redes sociales hacia cualquier persona. Esta coincidencia no es sorprendente por un lado dado el carácter unidimensional de la firmeza –un audaz postulado muchas veces rechazado por la literatura, aunque sin especificar nunca la alternativa ni aclarar cómo salvar las propias definiciones–, pero, por otro lado, intuitivamente, parafraseando a Hurwitz y Smithey, podríamos esperar que quienes albergan actitudes feministas «respondieran con mayor fuerza a delitos en los que las mujeres son particularmente vulnerables, tales como la violación o la violencia doméstica» (123). Como hemos visto, el ámbito de la asociación positiva entre feminismo y firmeza podría ser amplio. Una posible explicación de esta observación reside precisamente en que la ambivalencia es lo que abre la puerta para puntuar de modo particularmente firme frente al delito. El conservadurismo, mucho menos los movimientos reaccionarios, rara vez son descritos como ambivalentes respecto a su actitud frente al delito (124), verbigracia en el trabajo de Gruber, y quizá en esa característica intrínseca pueda residir la semilla de su derrota en política criminal (125).

En su trabajo sobre feminismo y firmeza, la misma Gruber explica que la demanda de más castigo suele aparecer «cuando no se vislumbran alternativas» al mismo (126). Así, Arbuet Osuna escribe que «no poseemos un guion unificado para el feminismo antipunitivista […] Ni el abolicionismo penal ni los feminismos han resuelto aún, por ejemplo, qué podría sustituir el modelo positivista de rehabilitación» (127). Por una parte, este reconocimiento marca un

(123) Hurwitz, J., y Smithey, S., «Gender differences on crime and punishment», *Political Research Quarterly*, 51, 1, p. 96.

(124) Desde luego, en el trabajo de Gruber, frecuentemente citado en este artículo, el feminismo es normalmente dibujado como ambivalente –en cuanto que feminismos– y el conservadurismo como monolítico. *Vid.* igualmente Wacquant, *Punishing the poor*, *op. cit.*, pp. 300-301; aunque cosa distinta es que, cuando se aplican en la práctica en combinación con otros enfoques, como el neoliberalismo, la política criminal resultante sea ambivalente, O'Malley, P., «Volatile and contradictory punishment», *Theoretical Criminology*, 3, 2, pp. 185-189. La «ambivalencia» debe serlo en referencia a comportamientos «socialmente definidos como delictivos», no a aquellos que el investigador considere perseguibles o premiables –punto de vista desde el que la ambivalencia es una constante.

(125) Este argumento es una variación del utilizado por Dietrich Bonhoeffer sobre el mal.

(126) Gruber, *The feminist war on crime*, *op. cit.*, pp. 15 y 203-204.

(127) Arbuet Osuna, «Esbozos…», *op. cit.*, p. 131.

programa meramente negativo (128), habitual en la Criminología crítica, que se limita a rechazar que un Derecho penal del hecho, de orientación garantista, puede ofrecer protección, en particular en nuestro caso, a las mujeres. Este rechazo del Derecho penal garantista podría ser prematuro. En una serie de recientes trabajos con apuntes penales y criminológicos y análisis de algunos casos enjuiciados en Chile, Fernández-Cruz ha sostenido de modo convincente esta tesis, a la par que advierte que la lucha apresurada y acrítica contra el patriarcado puede traducirse de modo inadvertido en la discriminación de colectivos especialmente vulnerables (129).

Por otra parte, una queja habitual de Helmut Kury, uno de mis maestros, es la falta de imaginación de los legisladores, que tratan de resolver cualquier problema social con más castigo, al tiempo que ignoran sistemáticamente las causas que subyacen a los conflictos, desconocen que la política social es la mejor política criminal y desisten de buscar alternativas a las penas (130). La doctrina científica debería aportar algo diferente a la recomendación, más o menos consciente, de más castigo –por mucho que sea lo más rápido y cómodo también para cerrar una publicación o un proyecto de investigación– recurriendo a la teoría, los hechos y la investigación empírica de calidad: como sabemos, aquel camino tiene ya suficientes valedores; y, por regla, el estudioso que se limita a pedir más castigo sencillamente ha desistido de seguir investigando. Recientemente, en su trabajo sobre la posición de la Criminología entre las ciencias penales, Díez Ripollés ha lanzado una llamada a la «revalorización de los esfuerzos encaminados a mantener principios o institutos que hasta hace poco dábamos por generalmente asumidos», una vez constatado «el progresivo socavamiento que se está produciendo de la estructura propia de un derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales y libertades públicas» (131). La Criminología debe acudir a este llamamiento, en el bien entendido que, como han mostrado Gott-

(128) Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, 2.ª ed. (trad. A. Búnster), Reus y BdeF, Madrid, 2023, p. 261.

(129) Fernández-Cruz, «La jurisprudencia penal chilena ante el "transfemicidio"…», *op. cit.*, p. 1.

(130) Simon, J., *Governing through crime. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford University Press, Oxford y New York, 2007, p. 254, escribe que «Uno de los problemas del modelo de gobierno a través del Derecho penal es que a anima a quienes tienen que tomar decisiones a centrarse en señalar límites para el comportamiento, no para afrontar los problemas de desigualdad».

(131) Díez Ripollés, J. L., «La criminología entre las ciencias penales», *InDret*, 2, 2026, p. 334. Eso sí, Fernández-Cruz advierte de una potencial autocensura por parte de la literatura a la hora de bogar en esta línea, «Una crítica al femi-

fredson y Hirschi (132), nuestra disciplina en general y la tradición del control social en particular están en condiciones de realizar una contribución significativa a esta elevada misión sin nostalgia ni complejos, al tiempo que conservando su autonomía y su independencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «La cuestión del consentimiento sexual en la reforma de la ley del "sólo sí es sí": justicia social versus garantías penales», en Villacampa Estiarte, C. (dir.): *20 años de legislación protectora integral frente a la violencia contra las mujeres: de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley del solo sí es sí*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 419-438.

AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., *Las actitudes punitivas de los españoles. Alcance, medición y factores explicativos*, Tesis doctoral, inédita, 2015.

AKERS, R. L., *Criminological theories. Introduction, evaluation, and application*, 3.ª ed., Roxbury Publishing Company, Los Angeles, 2000.

ALCÁZAR CAMPOS, A., y VALENZUELA-VELA, L., «Diálogos feministas sobre el giro punitivo de las políticas públicas: buena madre vs. buena víctima», *Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social*, 22, 2, 2022, pp. 1-19.

— «Experiencias no punitivas de abordaje de las violencias de género», en Fraga Sáenz, R. *et al.* (coordinadores): *Criminología pública y feminismos no punitivos: violencia sexual, género y castigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 157-198.

ANDERSEN, R., *Modern methods for robust regression*, Sage, Los Angeles, 2008.

ARBUET OSUNA, C., «Esbozos para un feminismo antipunitivista», *Las Torres de Lucca*, 9, 17, 2020, pp. 103-137.

BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, 2.ª ed. (trad. A. Búnster), Reus y BdeF, Madrid, 2023.

BARNETT, O. W., «Why battered women do not leave, part 1. External inhibiting factors within society», *Trauma, Violence, and Abuse*, 1, 2000, pp. 343-372.

BAUMAN, Z., *Modernity and ambivalence*, Polity Press, Cambridge, 1991.

BELKNAP, J., *The invisible woman. Gender, crime, and justice*, 2.ª ed., Wadsworth, Belmont, 2001.

---

nismo securitario», *op. cit.*, pp. 48-50; FERNÁNDEZ-CRUZ, «La jurisprudencia penal chilena ante el "transfemicidio"…», *op. cit.*, pp. 11-12.

(132) GOTTFREDSON, M. R., y HIRSCHI, T., *Modern control theory and the limits of criminal justice*, Oxford University Press, New York, 2020, pp. 134-142, 143, 145-146, 149-150, 186, 191, 195, 201, 203-204, 219-220 y 228.

BENHABIB, S., «Contents», en *The rights of others: aliens, residents, and citizens. The Seeley Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 25-48.
BERNSTEIN, E., «Carceral politics as gender justice? The "traffic in women" and neoliberal circuits of crime, sex, and rights», *Theory and Society*, 41, 3, 2012, pp. 233-259.
BERRY, W. D., *Understanding regression assumptions*, Sage, Newbury Park, 1993.
BRAMAN, D., «Families and incarceration», en Mauer, M. y Chesney-Lind, M. (eds.): *Invisible punishment. The collateral consequences of mass imprisonment*, The Free Press, New York, pp. 117-135.
CANYELLES GAMUNDÍ, C., *Machismo y cultura jurídica. Etnografía del proceso judicial de la violencia de género*, Virus, Barcelona, 2023.
CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración y reforma de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
CHESNEY-LIND, M., «Guilty by reason of sex: young women and the Juvenile Justice System», en Price, B. R. y N. J. Sokoloff, N. J. (eds.): *The Criminal Justice System and women. Women offenders. Victims. Workers*, Clark Boardman, New York, 1982, pp. 77-103.
— «Criminalizing victimization: the unintended consequences of pro-arrest policies for girls and women», *Criminology and Public Policy*, 2, 1, 2002, pp. 81-91.
DALY, K., y CHESNEY-LIND, M., «Feminism and Criminology», *Justice Quarterly*, 5, 4, 1988, pp. 497-538.
LUNA, X. de; FOWLER, P., y JOHANSSON, P., «Proxy variables and nonparametric identification of causal effects», *Economics Letters*, 150, C, 2017, pp. 152-154.
DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La criminología entre las ciencias penales», *InDret*, 2, 2026, pp. 319-337.
FELSON, R. B., «The normative protection of women from violence», *Sociological Forum*, 15, 2000, pp. 91-116.
— «Back to basics: gender and the social Psychology of aggression», en Gartner, R. y McCarthy, B. (eds.): *The Oxford Handbook of gender, sex, and crime*, Oxford University Press, Oxford y New York, 2014, pp. 77-98.
FERNÁNDEZ-CRUZ, J. A., «La jurisprudencia penal chilena ante el "transfemicidio": la "ocurrencia" del feminismo securitario», *Revista de Derecho*, 32, 2005, pp. 1-29.
— «Una crítica al feminismo securitario», en Fernández-Cruz, J. A. y Lorca-Ferreccio, R. (eds.): *Feminismo y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 31-54.
FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, ed. aumentada y corregida (trad. A. Garzón), Siglo XXI, Madrid, 2022/1975.
FROMMEL, M., «Opferschutz durch hohe Strafdrohungen? Der vergiftete Apfel vom Baume des Punitivismus», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1985, pp. 350-359.
GARLAND, D., *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, The University of Chicago Press, Chicago y Oxford, 2001.

GAUBATZ, K. T., *Crime in the public mind*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1995.
GILLIGAN, C. R., «Moral injury and the ethic of care: reframing the conversation about differences». *Journal of Social Philosophy*, 45, 1, 2014, pp. 89-106.
GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «¡Cómo hemos cambiado! Mutaciones del Derecho penal», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 49, junio, pp. 153-62.
GOTTFREDSON, M. R., y HIRSCHI, T., *Modern control theory and the limits of criminal justice*, Oxford University Press, New York, 2020.
GRUBER, A., «The feminist war on crime», *Iowa Law Review*, 2007, pp. 741-833.
— *The feminist war on crime. The unexpected role of women's liberation in mass incarceration*, University of California Press, Oakland, 2020.
— «#MeToo and mass incarceration», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 17, 2020, pp. 275-291.
— «The critique of carceral feminism», *Yale Journal of Law and Feminism*, 34, 2, 2023, pp. 54-64.
GUJARATI, D. N., *Econometría* (trad. D. Garmendia y G. Arango, revisión técnica de M. Misas), 4.ª ed., McGraw-Hill, México, 2004.
HAMINGTON, M., «Toward a theory of feminist hospitality», *Feminist Formations*, 22, 1, 2010, pp. 21-38.
HEBERLE, R., «Sexual violence», en Gartner, R. y McCarthy, B. (eds.): *The Oxford Handbook of gender, sex, and crime*, Oxford University Press, Oxford y New York, 2014, pp. 59-76.
HEIDENSOHN, F., con la asistencia de M. Silvestri, *Women and crime*, 2.ª ed., New York University Press, New York, 1995.
HERZOG, S., «An empirical test of feminist theory and research. The effect of heterogeneous gender-role attitudes on perceptions of intimate partner violence», *Feminist Criminology*, 2, 3, pp. 223-244.
HURWITZ, J., y SMITHEY, S., «Gender differences on crime and punishment», *Political Research Quarterly*, 51, 1, pp. 89-115.
KAUFMAN, R. L., *Interaction effects in linear and generalized linear models*, Sage, Los Angeles, 2019.
KENNEDY, P. *A guide to Econometrics*, 5.ª ed., The MIT Press, Cambridge, Mass., 2003.
LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.
LECUMBERRI FRANCÉS, P., «Feminisms in the challenge of alternatives to punitivism: the necessary synergies in a path to be explored», *Oñati Socio-Legal Series*, 13, 6, pp. 1759-1795.
MACKINNON, C., «Difference and dominance: on sex discrimination», en A. Phillips (ed.): *Feminism and politics*, Oxford University Press, Oxford y New York, 1998, pp. 295-313.
MAGUIRE, E., y JOHNSON, D., «The structure of public opinion on crime policy: evidence from seven Caribbean nations», *Punishment and Society*, 17, 4, 2015, pp. 502-530.
MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», *InDret*, 4, 2007, pp. 1-43.

— *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Dykinson, Madrid, 2014.

McAlinden, A.-M., *The shaming of sexual offenders. Risk, retribution and reintegration*, Hart, Oxford y Portland, 2007.

Miller, J., *Getting played. African American girls, urban inequality, and gendered violence*, New York University Press, New York y London, 2008.

Obergfell-Fuchs, J., «"Punitivity" within the criminal justice system in Germany», en Kury, H. (ed.): *Fear of crime. Punitivity. New developments in theory and research*, Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 2008, pp. 303-320.

O'Malley, P., «Volatile and contradictory punishment», *Theoretical Criminology*, 3, 2, 2009, pp. 176-196.

Pattengale, N. D.; Alipour, M.; Bininda-Emonds, O. R. P.; Moret, B. M. E., y Stamatakis, A., «How many bootstrap replicates are necessary?», en Batzoglou, S. (ed.): *Research in computational molecular Biology. RECOMB 2009. Lecture notes in computer science*, 5.541, Springer, Berlin y Heidelberg, 2009, pp. 184-200.

Richie, B. E., «The social impact of mass incarceration on women», en Mauer, M. y Chesney-Lind, M. (eds.): *Invisible punishment. The collateral consequences of mass imprisonment*, The Free Press, New York, pp. 136-149.

Sanz Mulas, N., «Conflictos irresueltos en la política criminal contra la violencia de género», en Villacampa Estiarte, C. (dir.): *20 años de legislación protectora integral frente a la violencia contra las mujeres: de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley del solo sí es sí*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 309-348.

Sepúlveda Rubio, F. J., «Límites del reformismo penal y la falacia del castigo emancipador: una crítica marxista-abolicionista», *Boletín Criminológico*, 254, 2025, pp. 1-24.

Serrano Maíllo, A., *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva. La tesis extendida de los sentimientos de inseguridad como teoría del control social*, Dykinson, Madrid, 2016.

— *El estatus empírico de la teoría comunitaria de la firmeza en España. Un enfoque metaanalítico (de efectos fijos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

— *Confianza y firmeza frente al delito. Un análisis de su asociación en la teoría comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2023.

— *Un estudio sobre el informe del Defensor del Pueblo* Una respuesta necesaria*. La perspectiva científico-social*, Dykinson, Madrid, 2024.

Simon, J., *Governing through crime. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford University Press, Oxford y New York, 2007.

Sykes, G., y Matza, D., «Techniques of neutralization: a theory of delinquency», *American Sociological Review*, 22, 1957, pp. 664-670.

Tamarit Sumalla, J. M.; Abad Gil, J., y Hernández-Hidalgo, P., «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», *Revista de Victimología*, 2, 2015, pp. 27-54.

VARONA, G., «Un control social selectivo, una desvinculación moral selectiva: repensar la justicia restaurativa con personas condenadas por delitos contra los ecosistemas y los animales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 21, 2, 2023, pp. 1-18.
WACQUANT, L., *Punishing the poor. The neoliberal government of social insecurity*, Duke University Press, Durham y London, 2009.
WALKER, M. U., *Moral repair: reconstructing moral relations after wrongdoing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
WALSH, A., *Free will and determinism in Criminology and Criminal Justice*, Nova Science, New York, 2023.
WARR, M., *Companions in crime. The social aspects of criminal conduct*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Pornografía no violenta y delitos contra la libertad sexual en España (2018–2024): evidencia empírica, dinámica grupal y relevancia jurídico-penal

CARLA DE PAREDES GALLARDO
Profa. Titular de Derecho Penal. Universidad Europea de Valencia

RESUMEN

Este trabajo analiza, en el contexto español, la pertinencia jurídico-penal de vincular la pornografía no violenta con el incremento de delitos contra la libertad sexual entre jóvenes, contrastando dicha hipótesis con evidencia empírica reciente y con la evolución normativa del Título VIII del Código Penal tras las reformas de 2022 y 2023. Se emplea una metodología dogmática y descriptiva, en primer lugar, una revisión del modelo de consentimiento afirmativo y de la agravación por actuación conjunta, y en segundo, contextualización con estadísticas oficiales 2018–2024 y literatura científica. Los datos oficiales muestran un aumento sostenido de hechos conocidos, con especial incidencia en agresiones sexuales sin penetración y con penetración. La evidencia disponible no respalda de forma robusta una relación directa entre pornografía no violenta y agresión sexual, lo que desplaza el foco explicativo hacia factores situacionales y dinámicas de grupo en agresiones múltiples. Se proponen implicaciones para prevención y política criminal compatibles con los límites del Derecho Penal.

Palabras clave: *Pornografía no violenta; consentimiento; delitos contra la libertad sexual; juventud; agresión sexual en grupo; política criminal.*

ABSTRACT

This article examines, within the Spanish context, whether non-violent pornography can be meaningfully linked to the rise of sexual offences among youths, confronting that claim with recent empirical evidence and with Spain's legal framework after the 2022 and 2023 reforms of sexual offences. The study combines (i) doctrinal analysis of affirma-

tive consent and the aggravation for joint perpetration, and (ii) descriptive use of official statistics (2018–2024) and scientific reviews. Official data show a sustained increase in recorded sexual offences, with most cases falling under sexual assault without penetration and rape. Current evidence does not robustly support a direct relationship between non-violent pornography and sexual aggression, thus shifting explanatory weight towards situational factors and group dynamics in multiple-perpetrator assaults. The article closes with prevention and policy implications consistent with criminal law's limits.

Keywords: *Non-violent pornography; consent; sexual offences; youth; group sexual assault; criminal policy.*

SUMARIO: I. Introducción: objeto, delimitación y relevancia del problema. 1.1 Objeto y objetivos del estudio. 1.2 Metodología y limitaciones del estudio. 1.3 Estructura del trabajo.–II. Marco normativo español tras las reformas de 2022 y 2023. 2.1 El Título VIII del Código Penal y la centralidad del consentimiento afirmativo. 2.2 Efectos técnico-penales de la Ley Orgánica 10/2022 y ajustes por la Ley Orgánica 4/2023.–III. Panorama empírico en España (2018–2024): tendencias, tipologías y límites del dato oficial. 3.1 Evolución de los hechos conocidos (2018–2024) y primer encuadre de 2025. 3.2 Composición por tipologías y lugares: qué delitos pesan más y dónde ocurren. 3.3 Límites del dato oficial: cifra oculta, denuncia, y precauciones interpretativas. 3.4 Juventud y autoría: aproximación a partir de detenidos/investigados (y límites).–IV. Socialización digital y conducta relacional juvenil: estado de la cuestión y límites causales. 4.1 Resultados principales de revisiones en adolescentes (balance descriptivo). 4.2 Meta-evidencia y límites causales (blindaje metodológico). 4.3 Variables mediadoras: expectativas, «realismo percibido» y guiones de interacción.–V. Agresión sexual en grupo: dinámica criminológica y traducción jurídico-penal. 5.1 El «efecto grupo» y patrones descritos en España. 5.2 La agravación por actuación conjunta (art. 180 CP) y su fundamento de lesividad. 5.3 Individualización de responsabilidad en autoría múltiple: problemas típicos y probatorios.–VI. Discusión. 6.1 Correlación vs causalidad y sesgos de medición. 6.2 Factores situacionales y contextuales (oportunidad, desinhibición, pares) frente a variables de contenido.–VII. Implicaciones para política criminal y prevención en España (sin «pánico moral»). 7.1 Prevención y educación relacional basada en evidencia. 7.2 Intervención sobre dinámicas de grupo y prevención situacional. 7.3 Límites del Derecho penal: proporcionalidad, prueba y función simbólica.– VIII. Conclusiones.–IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO, DELIMITACIÓN Y RELEVANCIA DEL PROBLEMA

El debate público sobre la violencia sexual en España ha experimentado en los últimos años una intensificación notable, tanto por la visibilidad social del fenómeno como por las reformas legislativas que han reordenado de forma sustantiva el tratamiento penal de los delitos

contra la libertad sexual. En ese marco, el incremento de los hechos conocidos registrados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que pasan de 13.782 en 2018 a 22.846 en 2024, con un aumento acumulado del 66 %, constituye un dato de contexto que exige una lectura prudente: describe una tendencia preocupante, pero no agota la explicación etiológica de la violencia sexual ni permite inferencias automáticas sobre causalidades sociales concretas (1).

Junto a este telón de fondo, la política criminal reciente ha situado el consentimiento en el centro de gravedad del sistema. La Ley Orgánica 10/2022 redefine el campo de los delitos sexuales desde un modelo en el que la ausencia de consentimiento es el elemento determinante del injusto, y la Ley Orgánica 4/2023 mantiene ese núcleo y ajusta marcos penológicos en supuestos graves. Este giro normativo obliga a repensar, con herramientas de dogmática penal, la relación entre socialización sexual, cultura del consentimiento, prueba y proporcionalidad, particularmente cuando la violencia sexual adopta formas colectivas o grupales (2).

En paralelo, se ha extendido una hipótesis sociológica recurrente: la posibilidad de que el acceso temprano a pornografía y su consumo habitual, especialmente entre jóvenes, esté conectado con un incremento de delitos sexuales o con modalidades particularmente violentas, como las agresiones sexuales cometidas en grupo. Sin embargo, para un análisis doctrinal riguroso resulta indispensable delimitar el objeto, este artículo se centra exclusivamente en la pornografía no violenta, por dos razones. En primer lugar, porque la pornografía violenta introduce variables de contenido y de normalización de la coerción que merecen tratamiento propio; en segundo término, porque la evidencia científica disponible sugiere que la asociación entre pornografía no violenta y agresión sexual no es robusta, y que la literatura presenta heterogeneidad y limitaciones metodológicas que impiden sostener una relación causal fuerte.

Esta delimitación no reduce el alcance penal del problema; al contrario, lo afina. Si la pornografía no violenta no aparece como motor directo del paso al acto, la pregunta doctrinal relevante deja de ser «si causa» y pasa a ser «qué papel puede desempeñar como variable de socialización», esto es, como posible modulador de expectativas, guiones relacionales y percepción del consentimiento. En esa línea,

(1) Ministerio del Interior. (s. f.). «Observatorio Nacional de Violencia Organizada y Sistemas (ONVIOS)». Recuperado el 12 de abril de 2026, de https://onvios.ses.mir.es/publico/onvios.

(2) Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (s. f.). «Boletín Oficial del Estado». Recuperado el 12 de abril de 2026, de https://www.boe.es/.

una parte de la investigación reciente apunta a la importancia del realismo percibido de la pornografía en adolescentes, dimensión que puede influir en la construcción de expectativas sexuales y en la interpretación de interacciones íntimas, sin que ello equivalga a afirmar un tránsito directo hacia conductas delictivas.

El segundo eje del artículo, y aquí reside su aportación más propiamente penal, es el análisis de la agresión sexual en grupo. La actuación conjunta de dos o más personas no solo intensifica el daño, sino que transforma la fenomenología del hecho, potencia la intimidación ambiental y la indefensión de la víctima, y plantea problemas específicos de imputación y de individualización de la responsabilidad. El ordenamiento penal recoge este plus de lesividad mediante la agravación por actuación conjunta, prevista para las agresiones sexuales, que expresa una valoración legislativa clara, la violencia sexual grupal merece un reproche cualitativamente superior.

A ello se suma que, desde el punto de vista criminológico, el fenómeno ha sido objeto de análisis institucional específico en España. El informe del Ministerio del Interior sobre violencia sexual ejercida en grupo subraya características del «efecto grupo» y permite contextualizar, sin sustituir el análisis dogmático, cómo determinadas dinámicas de pares pueden aumentar desinhibición, sensación de impunidad o reparto de roles, elementos que resultan esenciales para comprender por qué algunas agresiones grupales presentan rasgos de especial violencia o prolongación. Este marco es especialmente relevante cuando el debate pretende atribuir el componente violento a variables de contenido (p. ej., pornografía), obviando que la dinámica colectiva puede operar como factor explicativo autónomo.

1.1 **Objeto y objetivos del estudio**

Con ese planteamiento, el objetivo del artículo es doble. Primero, precisar los límites de la hipótesis «pornografía no violenta → incremento de delitos sexuales» a la luz de la evidencia científica y de la cautela metodológica que impone la distinción entre correlación y causalidad. Segundo, reconstruir, desde una perspectiva doctrinal, la respuesta del Derecho Penal español ante la violencia sexual y, en particular, ante la violencia sexual grupal, qué protege el bien jurídico libertad sexual, cómo opera el consentimiento afirmativo y cómo se justifica la agravación por actuación conjunta (3).

(3) Ministerio del Interior. (2023). «Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España». Secretaría de Estado de Seguridad. https://www.interior.gob.es.

1.2 **Metodología y limitaciones del estudio**

El presente trabajo adopta una metodología predominantemente dogmático-jurídica, complementada con el análisis descriptivo de fuentes empíricas oficiales y de la literatura científica especializada. Desde la perspectiva normativa, se examina la evolución del tratamiento penal de los delitos contra la libertad sexual tras las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 10/2022 y 4/2023, prestando especial atención a la configuración del consentimiento afirmativo y a la agravación derivada de la actuación conjunta de varias personas. Desde la perspectiva empírica, se utilizan datos oficiales procedentes del Sistema Estadístico de Criminalidad y de los informes elaborados por el Ministerio del Interior y el Observatorio Nacional de Violencia Organizada y Sistemas (ONVIOS), con la finalidad de contextualizar la evolución reciente de los delitos contra la libertad sexual en España.

No obstante, el alcance de los resultados obtenidos debe valorarse a la luz de determinadas limitaciones metodológicas. En primer lugar, el estudio depende de fuentes institucionales de carácter registral que, aunque constituyen la información oficial más completa disponible, no reflejan necesariamente la totalidad de los hechos cometidos debido a la existencia de una cifra oculta significativa en materia de violencia sexual. En consecuencia, las variaciones observadas en los hechos conocidos pueden responder no solo a cambios en la incidencia real del fenómeno, sino también a transformaciones en los niveles de denuncia, en la confianza de las víctimas en las instituciones o en los sistemas de registro y clasificación utilizados por las autoridades competentes.

En segundo lugar, el análisis comparativo de las series estadísticas presenta limitaciones derivadas de la heterogeneidad territorial, de las modificaciones metodológicas introducidas en distintos momentos por los sistemas de información y de las diferencias existentes entre determinados indicadores oficiales. Por ello, las tendencias descritas deben interpretarse con cautela y como elementos de contextualización del fenómeno, más que como evidencia concluyente acerca de su evolución real.

En tercer lugar, la literatura científica disponible sobre pornografía no violenta, socialización sexual y conducta agresiva se apoya mayoritariamente en diseños observacionales y correlacionales. Esta circunstancia dificulta el establecimiento de relaciones causales robustas entre exposición a contenidos pornográficos y comportamientos delictivos, especialmente cuando intervienen

variables de confusión relacionadas con factores personales, familiares, sociales y situacionales. Por este motivo, el trabajo parte expresamente de una perspectiva crítica respecto de las explicaciones monocausales y mantiene una clara diferenciación entre correlación, asociación y causalidad.

Finalmente, el carácter esencialmente doctrinal del estudio impide verificar empíricamente algunas de las hipótesis planteadas sobre los procesos de socialización sexual juvenil y sobre el papel de las dinámicas grupales en determinadas formas de violencia sexual. Estas cuestiones requieren investigaciones futuras basadas en diseños longitudinales, metodologías mixtas y estrategias de inferencia causal más robustas que permitan profundizar en los mecanismos explicativos aquí identificados.

A pesar de estas limitaciones, la combinación de análisis normativo, evidencia institucional y revisión crítica de la literatura científica permite ofrecer un marco de interpretación útil para comprender la complejidad del fenómeno estudiado. Desde esta perspectiva, el trabajo pretende contribuir a una comprensión jurídicamente rigurosa y metodológicamente prudente de la relación entre socialización sexual, violencia sexual y respuesta penal, evitando reduccionismos causales y favoreciendo una aproximación compatible con los principios de proporcionalidad, garantía y racionalidad propios del Derecho penal contemporáneo.

1.3 **Estructura del trabajo**

El artículo se organiza en cinco bloques principales. En primer lugar, se examina el marco normativo español tras las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 10/2022 y 4/2023 y la configuración del consentimiento afirmativo como eje de los delitos contra la libertad sexual. En segundo lugar, se presenta el contexto empírico español correspondiente al periodo 2018–2024, prestando especial atención a las tendencias registradas y a los límites de los datos oficiales. En tercer lugar, se revisa críticamente la literatura científica relativa a la pornografía no violenta y la conducta sexual juvenil, destacando los problemas metodológicos asociados a las inferencias causales. En cuarto lugar, se analiza la agresión sexual en grupo desde una doble perspectiva criminológica y jurídico-penal. Finalmente, se aborda la discusión de resultados y se formulan propuestas de política criminal y prevención compatibles con los límites propios del Derecho Penal, evitando enfoques de «pánico moral» desvinculados de la evidencia disponible.

II. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL TRAS LAS REFORMAS DE 2022 Y 2023

2.1 **El Título VIII del Código Penal y la centralidad del consentimiento afirmativo**

El punto de partida del régimen vigente es la reconfiguración del bien jurídico y del criterio de incriminación en el ámbito de los delitos sexuales, el legislador sitúa en el centro la libertad sexual como capacidad de autodeterminación y, por ende, la necesidad de un consentimiento válido como presupuesto legitimador de cualquier contacto sexual.

Este desplazamiento hacia un modelo centrado en el consentimiento ha sido ampliamente destacado por la doctrina. En particular, Laurenzo Copello señala que la Ley Orgánica 10/2022 reconstruye la tutela penal de la libertad sexual a partir de la autodeterminación de la persona, situando el consentimiento como criterio decisivo para delimitar la licitud de las conductas sexuales (4).

Esta orientación se proyecta, además, en un diseño normativo que desplaza el enfoque clásico, basado en la concurrencia de violencia o intimidación, hacia un modelo en el que la ausencia de consentimiento constituye el elemento delimitador principal del injusto. Como ha señalado Tamarit Sumalla, la LO 10/2022 supone una transformación estructural del sistema de delitos sexuales al situar el consentimiento como elemento vertebrador de la tipicidad y de la protección penal de la libertad sexual (5).

En este marco, el Título VIII del Libro II del Código Penal (CP) organiza la tutela penal de la libertad sexual mediante una serie de capítulos, entre los cuales resulta nuclear el Capítulo I (De las agresiones sexuales). El tipo base del sistema se formula hoy en el artículo 178.1 CP, que castiga al que realice «cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento», y añade una definición legal de consentimiento: «solo 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» (6). Esta cláusula no exige

(4) Laurenzo Copello, P., «La construcción del consentimiento en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Revista Penal*, núm. 52, 2023.

(5) Tamarit Sumalla, J. M., (2023), «La Ley Orgánica 10/2022 y el nuevo modelo de delitos sexuales». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25.

(6) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (1995, 24 de noviembre). *Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 281, pp. 33987-34058. boe.es.

una forma verbal única, pero sí un estándar de expresión clara y libre, cuya valoración se remite al caso concreto.

La centralidad del consentimiento se refuerza con la técnica de «enumeración de supuestos» del artículo 178.2 CP, que califica «en todo caso» como agresión sexual los actos de contenido sexual ejecutados mediante violencia, intimidación, abuso de superioridad o vulnerabilidad, sobre personas privadas de sentido, mediante abuso de su situación mental, o cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. Esta lista cumple una función dogmática doble, por un lado, delimita situaciones típicas en las que el consentimiento se presume ausente por vicios estructurales de libertad, y por el otro lado, conecta con problemas probatorios (especialmente en escenarios de vulnerabilidad o anulación de voluntad).

El legislador introduce, además, un subtipo agravado interno en el artículo 178.3 CP: «si la agresión se comete empleando violencia o intimidación, o sobre víctima con voluntad anulada por cualquier causa, la pena se eleva a prisión de uno a cinco años». De esta manera, aun cuando todas las conductas «sin consentimiento» se reconducen al concepto de agresión sexual, se mantiene una gradación normativa para supuestos de mayor lesividad o dominación (violencia/intimidación/anulación de voluntad).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 289/2024, de 21 de marzo (ECLI: ES: TS:2024:1698), refuerza esta concepción del consentimiento afirmativo al señalar que la ausencia de oposición expresa no puede equipararse en ningún caso a la prestación válida del consentimiento. En particular, el Alto Tribunal recuerda que «el no decir "no" en situaciones como la descrita no equivale, ni mucho menos, a consentimiento», conectando esta interpretación con el artículo 36.2 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 10 de mayo de 2011), que exige que el consentimiento sexual se preste voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona, atendiendo al contexto de las circunstancias concurrentes.

Desde esta perspectiva, la resolución subraya que no puede apreciarse consentimiento cuando no existe una indicación mínimamente significativa que permita al autor representarse la voluntad de la víctima, destacando que, en tales supuestos, el comportamiento desplegado limita de forma relevante su libertad de autodeterminación. Esta protección se proyecta, en última instancia, en el reconocimiento del derecho de la persona a decidir libremente cuándo, cómo, con quién y a quién manifestar su sexualidad o sus deseos sexuales.

Finalmente, el artículo 178.4 CP incorpora una cláusula de atenuación: «el órgano sentenciador puede imponer pena inferior o

multa (en los términos previstos) "en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable"», siempre que no medie violencia o intimidación, ni exista voluntad anulada, ni concurran las circunstancias del artículo 180 CP. Dogmáticamente, esta previsión opera como válvula de proporcionalidad dentro del tipo, pero está «cerrada» para los supuestos más graves (precisamente aquellos con violencia/intimidación/voluntad anulada o con agravantes específicas).

La evolución legislativa en materia de delitos sexuales debe interpretarse dentro de una tendencia más amplia de fortalecimiento de la protección penal de la libertad sexual. Como señala Maqueda Abreu, la violencia sexual constituye una de las manifestaciones más graves de afectación de la autonomía personal, lo que explica la progresiva ampliación de los mecanismos de tutela penal desarrollados por el legislador español (7).

Esta interpretación se ve consolidada por una línea jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo que refuerza la centralidad del consentimiento afirmativo. Así, junto a la STS núm. 289/2024, cabe destacar otras resoluciones que insisten en que la ausencia de una manifestación positiva de voluntad excluye cualquier forma de consentimiento válido, incluso en ausencia de violencia o intimidación (entre otras, STS 210/2023 y STS 196/2023). En esta misma línea, la STS 362/2025 rechaza expresamente concepciones implícitas o «contractualistas» del consentimiento, subrayando su carácter libre, revocable y contextual.

Desde una perspectiva dogmática, este diseño implica un desplazamiento del eje de valoración desde la conducta del autor hacia la existencia de una manifestación válida de voluntad por parte de la víctima, lo que transforma la lógica tradicional de los delitos sexuales.

En suma, el Título VIII (y, en particular, el artículo 178 CP) consagra un modelo afirmativo de consentimiento, ya que la tipicidad gira en torno a la ausencia de consentimiento, y la gravedad se escalona mediante subtipos y agravantes, evitando que la presencia/ausencia de violencia sea el criterio único de delimitación.

Como señala Pérez Machío, esta reconfiguración de la libertad sexual sitúa la autodeterminación de la persona en el centro de la protección penal, desplazando el foco de análisis desde la mera existencia de violencia hacia las condiciones en las que se forma y manifiesta el consentimiento (8).

---

(7) Maqueda Abreu, M. L., *La violencia sexual en el Derecho Penal español*, Granada, Comares, 2018.

(8) Pérez Machío, A. I., «La libertad sexual tras la LO 10/2022», *Revista General de Derecho Penal*, 2023.

Esta reorientación es crucial para discutir fenómenos de socialización sexual (incluida la pornografía no violenta) no tanto como factores de causalidad delictiva, sino como variables que pueden influir en la construcción de expectativas, guiones relacionales y comprensión del consentimiento, sin confundirse con los elementos propios de la violencia física o la intimidación. En este sentido, Gómez Martín subraya que el modelo vigente sitúa la libertad sexual y el consentimiento en el centro de la valoración jurídico-penal, desplazando el foco desde las formas externas de coacción hacia la existencia de una auténtica manifestación de voluntad libre y válida de la persona (9).

2.2 **Efectos técnico-penales de la Ley Orgánica 10/2022 y ajustes por la Ley Orgánica 4/2023**

a) LO 10/2022: giro estructural hacia el consentimiento y enfoque integral (incluido el ámbito digital).

La Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, constituye el eje de la reforma contemporánea. En su propio planteamiento, la ley define las violencias sexuales de forma amplia e incorpora de manera expresa el ámbito digital, mencionando fenómenos como la difusión tecnológica de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la extorsión sexual, además de otras conductas. Aunque este componente integral excede lo estrictamente codicial, sirve para interpretar la reforma penal como parte de un cambio de política criminal: visibilización, prevención y fortalecimiento de la respuesta institucional.

En términos técnico-penales, el efecto más significativo de la LO 10/2022 fue la reconducción del sistema de delitos sexuales a un esquema unitario en el que la falta de consentimiento es el núcleo del injusto, lo que en la práctica se tradujo en la desaparición de la tradicional distinción «abuso/agresión» y su absorción bajo la categoría de agresión sexual. Este movimiento dogmático pretende corregir una lectura social y jurídica en la que la ausencia de violencia podía llevar a infravalorar la afectación del bien jurídico, sustituyéndola por un criterio: consentimiento afirmativo. Desde esta perspectiva, la reforma responde también a una evolución de la política criminal en materia de violencia sexual, orientada a reforzar la protección de la libertad y autonomía sexual de las víctimas más allá de los tradicionales esquemas centrados exclusivamente en la violencia o intimidación. Como

(9) Gómez Martín, V., «Consentimiento, libertad sexual y Derecho Penal», *Revista General de Derecho Penal*, 2024.

destaca Laurenzo Copello, esta transformación se inserta en una concepción de la política criminal que pretende adaptar la respuesta penal a las exigencias derivadas de los estándares internacionales de protección frente a la violencia sexual (10).

En el plano estrictamente dogmático, Tamarit Sumalla identifica este cambio como la principal aportación de la LO 10/2022, al sustituir el modelo anterior basado en la diferenciación entre abuso y agresión sexual por una estructura unitaria articulada alrededor de la ausencia de consentimiento como núcleo de la tipicidad (11).

Asimismo, la LO 10/2022 reordena y reescribe el Título VIII del CP (reforma de gran calado) y, por tanto, altera la sistemática de los tipos penales, las remisiones y la graduación de penas. La clave doctrinal aquí es que el legislador mantiene la idea de escalonamiento mediante subtipos y agravantes, pero cambia el punto de partida: ya no es «violencia/intimidación sí/no», sino «consentimiento sí/no», con agravación cuando concurren violencia/intimidación u otras circunstancias particularmente lesivas.

La doctrina ha destacado que esta reforma no se limita a una modificación terminológica, sino que supone una profunda reconfiguración de la tutela penal de la libertad sexual y de la estructura de los delitos sexuales en el Código Penal. En este sentido, Maqueda Abreu subraya que las reformas recientes han transformado sustancialmente los criterios de imputación y graduación de la responsabilidad penal en este ámbito (12)

b) LO 4/2023: «reforma de la reforma» centrada en marcos penológicos, preservando el núcleo del consentimiento.

La Ley Orgánica 4/2023 nace explícitamente para corregir un efecto no deseado detectado tras la LO 10/2022, la amplitud de algunos marcos penales y la posibilidad de aplicar mínimos bajos en supuestos graves. El preámbulo es claro en el objetivo: «blindar la ley en favor de las víctimas» y evitar la aplicación de mínimos en casos graves, «sin afectar al corazón de la norma», subrayando que se mantiene íntegra la definición del consentimiento del artículo 178.1 CP. Esta declaración es especialmente valiosa para un enfoque doctrinal permitiendo argumentar continuidad del núcleo dogmático (consentimiento) y discontinuidad en política de penas.

---

(10) Laurenzo Copello, P., *Violencia sexual y política criminal feminista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

(11) Tamarit Sumalla, J. M., (2023), «La Ley Orgánica 10/2022 y el nuevo modelo de delitos sexuales». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25.

(12) Maqueda Abreu, M. L., *Delitos sexuales y reformas legislativas recientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Desde el punto de vista estrictamente técnico, la LO 4/2023 retoca la arquitectura interna del artículo 178 CP. En la base consolidada se indica expresamente que el apartado 2 del artículo 178 fue redactado por la LO 4/2023, y que el actual apartado 3 se introduce también por esta norma, reforzando la gradación punitiva cuando hay violencia/intimidación o voluntad anulada. Igualmente, se consolida la lógica de que la cláusula de atenuación del artículo 178.4 queda excluida si concurre violencia, intimidación, voluntad anulada o agravantes del artículo 180.

En paralelo, el sistema mantiene una pieza decisiva, el artículo 180 CP, que agrava cuando concurren circunstancias como la actuación conjunta de dos o más personas (relevante para la agresión sexual en grupo), la violencia de extrema gravedad o actos particularmente degradantes, la especial vulnerabilidad, determinadas relaciones con la víctima, el uso de armas o la anulación de voluntad mediante sustancias. La LO 4/2023, además, declara modificaciones sobre este precepto (al menos en su apartado 1, según se refleja en compilaciones del texto). Dogmáticamente, el artículo 180 CP actúa como «puente» entre fenomenología criminológica (dinámica grupal, dominación) y traducción jurídico-penal (plus de injusto y mayor pena).

c) Consecuencias doctrinales para la construcción del injusto, la prueba y la proporcionalidad.

Desde una perspectiva doctrinal, el binomio LO 10/2022–LO 4/2023 produce tres consecuencias relevantes:

En primer lugar, reconfiguración del injusto, la ausencia de consentimiento opera como criterio rector; violencia/intimidación se reubican como elementos de mayor gravedad dentro del mismo concepto de agresión sexual (subtipo y agravantes), no como frontera ontológica entre tipos.

En segundo lugar, reorientación probatoria, si el núcleo es el consentimiento afirmativo, los debates probatorios tienden a girar sobre la existencia de actos claros de consentimiento o sobre la presencia de contextos que lo vician (vulnerabilidad, superioridad, anulación de voluntad), conforme a los supuestos expresos del artículo 178.2. Como ha señalado Pérez Machío, el desplazamiento del centro de gravedad del injusto hacia el consentimiento también comporta importantes consecuencias probatorias, pues obliga a prestar una atención reforzada a las circunstancias concurrentes y a la valoración contextual de la manifestación de voluntad de las partes implicadas (13).

En tercer termino, la proporcionalidad y técnica de marcos penales, la LO 4/2023, sin abandonar el modelo, reequilibra el sistema

(13) Pérez Machío, A. I., *Consentimiento sexual y reformas penales recientes*, Cizur Menor, Aranzadi, 2024.

para cerrar espacios de respuesta penal percibidos como insuficientes en casos graves, manteniendo a la vez la cláusula de atenuación para supuestos de menor entidad (art. 178.4) pero excluyéndola en escenarios de violencia/intimidación o con agravantes (art. 180).

En definitiva, el binomio LO 10/2022 – LO 4/2023 cristaliza un cambio de eje en la dogmática de los delitos sexuales: el elemento estructurante del injusto pasa a ser la ausencia de consentimiento, definido de forma expresa como manifestación libre mediante actos claros según las circunstancias del caso (art. 178.1 CP), mientras que la violencia, la intimidación y la anulación de voluntad dejan de operar como «frontera» entre categorías (abuso/agresión) para integrarse como factores de mayor gravedad (subtipo y/o circunstancias agravatorias), con ajustes penológicos posteriores orientados a reforzar proporcionalidad en supuestos graves sin alterar la definición nuclear de consentimiento.

Desde un punto de vista técnico, esta reorientación tiene una consecuencia metodológica decisiva para el enfoque del presente artículo, si el consentimiento afirmativo es el centro del sistema, el análisis de posibles variables de socialización sexual (como la pornografía) resulta dogmáticamente pertinente no como explicación causal directa del incremento de la criminalidad sexual, sino como elemento contextual que puede incidir, en determinados casos, en expectativas, guiones relacionales y comprensión del consentimiento. Dicho de otro modo, el marco normativo vigente «invita» a desplazar el debate desde la violencia física hacia la calidad del consentimiento, lo que permite estudiar la socialización sexual juvenil sin convertirla automáticamente en etiología delictiva.

Por último, el modelo actual proporciona también la clave normativa para abordar, con rigor penal, el fenómeno de la agresión sexual en grupo, la ley no solo estructura el tipo base en torno al consentimiento, sino que reconoce un plus de lesividad cuando concurre actuación conjunta de dos o más personas como circunstancia agravatoria (art. 180 CP), junto a otros supuestos de especial gravedad (violencia extrema, degradación, vulnerabilidad, anulación de voluntad mediante sustancias, etc.). Esta previsión permite conectar la fenomenología criminológica del «efecto grupo» (dominación, intimidación ambiental, reparto de roles) con su traducción jurídico-penal en términos de mayor desvalor de acción y de resultado, constituyendo el puente dogmático que será desarrollado más adelante.

Con estos presupuestos, se contextualizará la evolución reciente de la criminalidad sexual registrada en España (apartado 3) para enmarcar el debate sin confundir tendencia estadística con causalidad; seguidamente, se revisará críticamente el estado de la cuestión sobre

pornografía no violenta y conducta sexual juvenil, atendiendo a sus límites inferenciales (apartado 4); y, finalmente, se abordará la agresión sexual en grupo como punto de convergencia entre dinámica criminológica y respuesta penal, con especial atención a la lógica agravatoria del artículo 180 CP y a sus implicaciones de imputación e individualización (apartado 5).

III. PANORAMA EMPÍRICO EN ESPAÑA (2018–2025): TENDENCIAS, TIPOLOGÍAS Y LÍMITES DEL DATO OFICIAL

3.1 **Evolución de los hechos conocidos (2018–2024) y primer encuadre de 2025**

Los datos oficiales muestran un incremento sostenido de los delitos contra la libertad sexual registrados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el periodo 2018–2024, con una única interrupción visible en 2020 (atribuirle causalidad directa a la pandemia exige cautela, pero el propio informe señala que ese año es atípico por las restricciones de movilidad). En cifras, el Informe anual de la Oficina Nacional de Violencia Sexual (ONVIOS) consigna que se pasa de 13.782 hechos conocidos en 2018 a 22.846 en 2024, lo que supone un aumento de más de 9.000 delitos y un +66 % en seis años (14).

El informe 2024 también identifica una estacionalidad estable, la media mensual del periodo 2018–2024 se sitúa en torno a 10.248 hechos, con máximos en meses de verano (julio, agosto y junio) y mínimos en invierno y comienzos de primavera. Este patrón, además de descriptivo, tiene relevancia criminológica (rutinas sociales, ocio, concentración de espacios de riesgo), pero no permite inferencias etiológicas sobre causas estructurales sin análisis adicional.

Respecto a 2025, y a falta del Informe anual ONVIOS de ese año, el Balance de Criminalidad, Cuarto Trimestre 2025 (enero-diciembre) ofrece una foto oficial provisional, el indicador «delitos

(14) Se utilizan los datos del *Informe sobre delitos contra la libertad sexual* (ONVIOS/Ministerio del Interior), para el 2018–2024, elaborado a partir del Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) y referido a los delitos del Título VIII del CP. Para 2025, al no estar todavía publicado el informe anual específico, se incorpora el Balance de Criminalidad (4.º trimestre 2025, enero–diciembre) como fuente oficial provisional y no estrictamente equivalente al total anual del informe ONVIOS, por tratarse de un indicador agregado («delitos contra la libertad e indemnidad sexual») con estructura propia dentro del SEC.

contra la libertad e indemnidad sexual» asciende a 21.659 en 2025, frente a 21.170 en 2024 dentro de la misma serie del Balance (variación +2,3 %). En el mismo documento se desagrega «agresión sexual con penetración» (5.363 en 2025; +2,8 % interanual) y «resto» (16.296; +2,1 %). El propio Balance advierte que las cifras son provisionales hasta su consolidación. No debe afirmarse que «bajan» o «suben» los delitos en 2025 respecto a 2024 comparando sin más el 22.846 del Informe ONVIOS 2024 con el 21.659 del Balance 2025, porque son series no idénticas (universos/indicadores distintos dentro del SEC).

Tabla: Comparación entre las principales fuentes oficiales disponibles para 2024 y 2025

Fuente	**Año**	**Indicador**	**Total Registrado**	**Variación respecto al año anterior**
Informe ONIOS.	2024	Delitos contra la libertad sexual (Titulo VIII CP).	22.846	+66 % acumulado respecto a 2018.
Balance Criminalidad.	2024	Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Titulo VIII CP).	21.170	–
Balance Criminalidad.	2025	Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.	21.659	+2,3 %
Balance Criminalidad.	2025	Agresión sexual con penetración.	5.363	+2,8 %
Balance Criminalidad.	2025	Resto de delitos contra la libertad e indemnidad sexual.	16.296	+2,1 %

Como muestra la Tabla X, las únicas comparaciones longitudinales válidas son aquellas realizadas dentro de una misma serie estadística. Por ello, el incremento del 2,3 % observado entre 2024 y 2025 en

el Balance de Criminalidad puede interpretarse como una evolución interna del propio indicador, mientras que la comparación entre los datos de ONVIOS 2024 y los del Balance 2025 podría generar conclusiones erróneas al tratarse de registros construidos a partir de criterios estadísticos diferentes.

3.2 **Composición por tipologías y lugares: qué delitos pesan más y dónde ocurren**

La composición por tipologías en 2024 muestra una concentración clara en dos categorías, en primer lugar, en las Agresión sexual (sin penetración): 59,85 % del total y en segundo en las Agresión sexual con penetración: 22,86 % del total (15).

El resto de las tipologías aparece con porcentajes inferiores, pero relevantes para el análisis de entorno digital y victimización juvenil: el informe consigna, por ejemplo, pornografía de menores (4,00 %), además de exhibicionismo y acoso sexual, entre otras figuras.

En cuanto al lugar de comisión, el Informe 2024 señala que casi la mitad de los hechos conocidos se registran en viviendas (47,06 %), seguidas por vías de comunicación e instalaciones, confirmando que una parte sustantiva de la violencia sexual se produce en espacios privados o semicerrados. Este dato es doctrinalmente relevante porque refuerza la idea de que la tutela penal del consentimiento no puede pensarse solo en clave de «agresión en vía pública», sino en contextos relacionales y de intimidad, donde los problemas de prueba y de interpretación del consentimiento se vuelven centrales.

Esta concentración tipológica sugiere una estructura relativamente estable del fenómeno, lo que refuerza la necesidad de evitar explicaciones coyunturales o basadas en factores únicos.

3.3 **Límites del dato oficial: cifra oculta, denuncia, y precauciones interpretativas**

El propio Informe anual subraya que sus datos «permiten aproximarse» a la magnitud del fenómeno, pero no reflejan la totalidad de los hechos cometidos, principalmente por la cifra oculta (hechos no denunciados) y por la falta de reconocimiento de algunas víctimas de que lo sufrido constituye un ilícito penal sexual.

(15) Ministerio del Interior. (s. f.). Ministerio del Interior. https://www.interior.gob.es/.

Esta limitación ha sido ampliamente destacada por la victimología contemporánea, que advierte que los delitos sexuales presentan tradicionalmente elevadas tasas de infradenuncia debido a factores como el miedo, la vergüenza, la desconfianza institucional o las dificultades para identificar determinadas conductas como jurídicamente relevantes. Desde esta perspectiva, la evolución estadística debe interpretarse teniendo en cuenta la diferencia existente entre criminalidad registrada y victimización real (16).

Esta circunstancia constituye una limitación estructural del presente estudio, ya que impide equiparar directamente la evolución de los hechos conocidos con la evolución de la incidencia real de la violencia sexual, recomendando una lectura prudente de las tendencias observadas.

Esta advertencia es crucial para un enfoque doctrinal: en delitos sexuales, el indicador «hechos conocidos» depende en gran medida de procesos de denuncia, accesibilidad institucional y confianza en el sistema.

En esa misma línea, el Informe 2024 cita la Encuesta Europea sobre Violencia de Género (FRA, 2024) e indica que solo el 13,9 % de las víctimas de violencia física o sexual denuncia a la policía, dato que evidencia la magnitud potencial de la cifra oculta y la necesidad de cautela al interpretar series temporales como «más violencia» vs «más denuncia» (17).

El Balance de Criminalidad también insiste en que el aumento sostenido debe ponerse «en parte» en relación con políticas activas de concienciación y reducción de tolerancia social, que se traducen en mayor disposición a denunciar y, por tanto, en reducción de infradenuncia. Esto no niega incrementos reales, pero obliga a separar, metodológicamente, tres planos: en primer lugar, la incidencia real, en segundo la propensión a denunciar, y, por último, la capacidad institucional de registro y clasificación.

3.4 **Juventud y autoría: aproximación a partir de detenidos/investigados (y límites)**

Para aproximar la dimensión juvenil, el Informe anual 2024 (según su difusión pública) indica que, entre las personas detenidas o investi-

(16) Tamarit Sumalla, J. M. (dir.), *Victimología y sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 87.

(17) Ministerio de Igualdad. (s. f.), «Encuesta europea: violencia de género en cifras». Recuperado el 13 de abril de 2026, de https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaencifras/encuesta_europea/.

gadas por estos delitos, hubo 1.206 en el tramo 14–17 años. Este dato permite sostener, con prudencia, que existe una presencia relevante de adolescentes en la autoría policial, pero no autoriza por sí solo conclusiones sobre «causas» (ni sobre pornografía) sin controlar por variables criminológicas y situacionales (18).

Asimismo, para las agresiones sexuales en grupo, conviene recordar que Interior ha producido análisis especializados sobre violencia sexual ejercida en grupo y sugiere que el «efecto grupo» introduce patrones diferenciales (desinhibición, percepción de impunidad, incremento del daño), lo que encaja con la agravación por actuación conjunta del artículo 180 CP, pero exige separar ese fenómeno de explicaciones basadas en contenidos (p. ej., pornografía no violenta).

En suma, el panorama empírico español muestra una tendencia al alza 2018–2024 en los hechos conocidos, con concentración en agresiones sexuales sin penetración y con penetración, y con un alto peso de contextos privados (viviendas). Para 2025, el Balance anual (serie de indicadores del SEC) refleja un incremento moderado en el indicador agregado «libertad e indemnidad sexual» y en la agresión con penetración, con carácter provisional. Sin embargo, el propio sistema estadístico advierte de cifra oculta y de la influencia de la denuncia y el registro, lo que impide traducir automáticamente «más hechos conocidos» en «más incidencia real» sin análisis de mediadores.

Este marco de cautela es precisamente el que justifica revisar el estado de la cuestión sobre pornografía no violenta y conducta sexual juvenil, en el apartado 4, desde un enfoque crítico de causalidad, y reservar el análisis de la violencia grupal para su dimensión propia –dinámica de pares y agravación penal–, en el apartado 5.

En suma, el periodo 2018–2024 muestra una evolución ascendente en la criminalidad registrada relativa a delitos de libertad e indemnidad sexual, con una composición por tipologías que concentra el peso del fenómeno en agresiones sexuales. Con todo, la cifra oculta y los cambios en denuncia/registro obligan a prudencia inferencial, de modo que el dato debe utilizarse como contexto empírico y no como prueba causal autosuficiente.

Sobre esta base, el trabajo puede avanzar en dos direcciones: por un lado, un análisis doctrinal de las categorías y criterios relevantes para valorar el núcleo del injusto y sus agravaciones (especialmente cuando concurren factores situacionales complejos), y por otro, una discusión metodológicamente robusta sobre qué tipo de evidencia es necesaria para sostener explicaciones de tendencias más allá del registro institucional.

(18) Agencia EFE. (s. f.). Efeminista. https://efeminista.com/.

En este contexto, la interpretación del fenómeno no puede desvincularse del marco jurídico vigente, en el que la jurisprudencia más reciente ha contribuido a consolidar la expansión del modelo de consentimiento afirmativo. En particular, se ha afirmado que cualquier contacto de naturaleza sexual sin una manifestación libre de voluntad constituye una injerencia en la libertad sexual, incluso en supuestos de menor entidad o en ausencia de violencia. Este enfoque refuerza la idea de que el consentimiento opera como núcleo estructural del injusto y no como un elemento accesorio, lo que resulta determinante para la correcta comprensión de los datos analizados y para evitar interpretaciones causales simplificadas.

IV. SOCIALIZACIÓN DIGITAL Y CONDUCTA RELACIONAL JUVENIL: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y LÍMITES CAUSALES

La investigación sobre adolescencia y entornos digitales ha evolucionado desde explicaciones lineales hacia modelos que destacan la heterogeneidad de efectos y la relevancia de factores disposicionales, evolutivos y sociales. En esta línea, el Differential Susceptibility to Media Effects Model (DSMM) sistematiza por qué no todas las personas responden igual ante la exposición mediática y propone estados de respuesta (cognitivos/emocionales/activacionales) como mediadores de los efectos (19). Al mismo tiempo, la evidencia empírica reciente sugiere que, cuando se observan asociaciones entre uso de tecnología y bienestar juvenil, estas suelen ser pequeñas y muy sensibles a decisiones analíticas y a problemas de medición; por ello, se reclama prudencia interpretativa y mejores estrategias metodológicas (20).

4.1 **Resultados principales de revisiones en adolescentes (balance descriptivo)**

Las revisiones de conjunto sobre adolescencia y vida digital coinciden en que el conocimiento disponible se apoya mayoritariamente

(19) Valkenburg, P. M., y Peter, J., *The Differential Susceptibility to Media Effects Model*, Journal of Communication 63(2) (2013), 221–243, doi: 10.1111/jcom.12024.

(20) Orben, A. y Andrew K. Przybylski, *The association between adolescent well-being and digital technology use*, Nature Human Behaviour 3 (2019), 173–182, doi: 10.1038/s41562-018-0506-1.

en diseños observacionales (frecuentemente transversales), lo que dificulta separar con claridad causa y efecto (21).

Esta cautela metodológica también aparece en la literatura específicamente dedicada a la pornografía. Las revisiones sistemáticas realizadas durante la última década muestran que la exposición a contenidos pornográficos puede asociarse con determinados cambios en actitudes, expectativas y comportamientos sexuales, si bien los resultados son heterogéneos y dependen de variables como la edad, el contexto social, la frecuencia de consumo o el tipo de contenido analizado y las características individuales de quienes participan en los estudios. Así, Peter y Valkenburg concluyen que la investigación acumulada permite identificar asociaciones consistentes entre consumo de pornografía y determinados aspectos de la socialización sexual adolescente, pero también ponen de relieve la existencia de importantes limitaciones metodológicas que dificultan la atribución de efectos causales directos (22).

En términos generales, la evidencia disponible no permite sostener una relación causal lineal entre el consumo de pornografía no violenta y la agresión sexual. La literatura especializada apunta más bien hacia la existencia de influencias indirectas y mediadas, relacionadas con la construcción de guiones sexuales, expectativas relacionales, percepciones sobre el consentimiento y comprensión de determinadas normas sexuales. En este sentido, diferentes metaanálisis han advertido que las asociaciones observadas entre consumo de pornografía y conductas sexualmente agresivas presentan una magnitud variable y se encuentran condicionadas por factores personales, sociales y situacionales que impiden formular explicaciones monocausales del fenómeno (23).

Este diagnóstico se refuerza cuando se examinan trabajos de alta potencia estadística: incluso con grandes muestras, el tamaño de las asociaciones puede ser reducido y, por sí solo, insuficiente para sostener inferencias fuertes sobre impacto. En consecuencia, el aporte principal de esta literatura para un trabajo doctrinal no es «probar» causalidad, sino delimitar patrones, ámbitos de variación y mecanismos plausibles.

---

(21) Candice L. Odgers y Michaeline R. Jensen, *Annual Research Review: Adolescent mental health in the digital age: facts, fears, and future directions*, Journal of Child Psychology and Psychiatry 61(3) (2020), 336–348, doi: 10.1111/jcpp.13190.

(22) Peter, J., y Valkenburg, P. M., «Adolescents and Pornography: A Review of 20 Years of Research», The Journal of Sex Research, vol. 53, núm. 4-5, 2016, pp. 509-531.

(23) Wright, P. J.; Tokunaga, R. S., y Kraus, A., «A Meta-Analysis of Pornography Consumption and Actual Acts of Sexual Aggression in General Population Studies», *Journal of Communication*, vol. 66, núm. 1, 2016, pp. 183-205.

4.2 **Meta-evidencia y límites causales (blindaje metodológico)**

La inferencia causal en ciencias sociales exige condiciones más estrictas que la mera correlación: temporalidad, control de confusores, comparabilidad entre grupos y diseños que reduzcan sesgos de selección o endogeneidad (24).

Esta limitación afecta directamente al objeto del presente trabajo. La literatura disponible sobre pornografía no violenta y conducta sexual se basa mayoritariamente en diseños observacionales, lo que dificulta aislar el efecto de la exposición respecto de otros factores personales, sociales y contextuales. En consecuencia, las conclusiones alcanzadas deben interpretarse dentro de los límites propios de este tipo de evidencia.

En ese marco, la literatura contemporánea recomienda explicitar supuestos causales y distinguir cuidadosamente entre confusión, mediación y selección, empleando herramientas conceptuales (p. ej., diagramas causales) y estrategias de identificación (25). También resulta útil incorporar manuales de inferencia causal aplicada que sistematizan sesgos típicos y criterios para interpretar evidencia observacional (incluida la necesidad de «emular» diseños ideales cuando no es posible experimentar) (26).

De ahí que, aun cuando existan asociaciones consistentes en algunas áreas, la tesis metodológicamente más sólida es evitar explicaciones monocausales y tratar la exposición mediática como parte de un entramado multivariable, donde los resultados dependen de condiciones personales, sociales y situacionales.

4.3 **Variables mediadoras: expectativas, «realismo percibido» y guiones de interacción**

Para articular un puente entre evidencia empírica y análisis normativo, conviene operar con mediadores «de nivel intermedio» que expliquen cómo la socialización digital puede modular la conducta sin postular determinismo. En primer lugar, expectativas, creencias sobre qué es normal o esperable en interacciones (p. ej., roles, reciprocidad,

(24) William R. Shadish, Thomas D. Cook y Donald T. Campbell, *Experimental and Quasi-Experimental Designs for Generalized Causal Inference*, Houghton Mifflin (2002).

(25) Judea Pearl, *Causality: Models, Reasoning, and Inference* (2.ª ed.), Cambridge University Press (2009).

(26) Hernán, M. A., y Robins, J. M., *Causal Inference: What If*, Chapman & Hall/CRC (2020), disponible en: https://miguelhernan.org/whatifboo.

límites), que pueden influir en la interpretación de situaciones y señales. A continuación, realismo percibido, grado en que los mensajes mediáticos se interpretan como representativos de la realidad; este constructo conecta con enfoques clásicos sobre construcción social de la realidad mediática y con la idea de alfabetización mediática como herramienta de distanciamiento crítico (27).

Desde una perspectiva crítica de la cultura sexual contemporánea, algunas autoras han señalado que la pornografía puede contribuir a la construcción de determinados imaginarios sobre las relaciones sexuales, los roles de género y las expectativas respecto a la conducta sexual. En esta línea, Dines sostiene que la omnipresencia de determinados contenidos pornográficos en el entorno digital puede influir en los procesos de socialización sexual y en la normalización de ciertos guiones relacionales, especialmente cuando el consumo se produce en edades tempranas y sin mediación educativa adecuada. No obstante, tales planteamientos deben interpretarse con cautela, pues describen posibles mecanismos de influencia cultural, pero no acreditan por sí mismos una relación causal directa entre el consumo de pornografía no violenta y la comisión de delitos sexuales (28).

Por último, guiones de interacción («scripts»): secuencias aprendidas sobre cómo se inicia, progresa y termina una interacción y cómo se negocian límites; su relevancia aumenta cuando se analiza la conducta como fenómeno contextual y no como reacción automática.

Desde una perspectiva crítica, diversos autores han advertido que los procesos contemporáneos de socialización sexual no pueden analizarse exclusivamente desde parámetros individuales, sino también desde los modelos culturales y relacionales que configuran las expectativas sobre la sexualidad. En este sentido, De Miguel Álvarez sostiene que determinados discursos de aparente libertad sexual pueden contribuir a normalizar representaciones y prácticas que condicionan la forma en que se construyen los deseos, los límites y las relaciones entre iguales (29).

Finalmente, para evitar el sesgo de unidireccionalidad («los medios hacen X»), es útil incorporar modelos recursivos que integran

---

(27) Shrum, L. J. (2017). Cultivation theory: Effects and underlying processes. En *The international encyclopedia of media effects*. Wiley. https://doi.org/10.1002/9781118783764.wbieme004.

(28) Dines, G., *Pornland: How Porn Has Hijacked Our Sexuality.* Updated Edition. Boston: Beacon Press, (2020).

(29) De Miguel Álvarez, A., *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid, Cátedra, 2015.

selección + efectos: los resultados actitudinales o conductuales influyen en qué contenidos se buscan y atienden, generando posibles bucles de refuerzo que requieren análisis longitudinal (30).

En suma, la literatura aconseja una lectura multicausal y mediada, la socialización digital puede contribuir a configurar expectativas, realismo percibido y guiones de interacción, pero las conclusiones fuertes sobre tendencias requieren diseños robustos y control de confusores. En el plano jurídico-penal, esto refuerza la conveniencia de analizar separadamente, por un lado, la evidencia registral y por otro, la lógica normativa de imputación y agravación ante escenarios situacionales complejos. Ello refuerza la pertinencia de desplazar el foco, hacia la estructura del consentimiento como núcleo del injusto y la lógica de agravación en supuestos situacionales especialmente lesivos, entre los que destacan los cometidos en actuación conjunta, por su particular capacidad de dominación e indefensión.

V. AGRESIÓN SEXUAL EN GRUPO: DINÁMICA CRIMINOLÓGICA Y TRADUCCIÓN JURÍDICO-PENAL

Este apartado se centra en la traducción jurídico-penal de conductas cometidas en actuación conjunta, distinguiendo entre patrones situacionales descritos por fuentes oficiales y los criterios normativos de agravación e imputación individual. Se utiliza terminología dogmática y procesal de manera prudente, evitando inferencias causales a partir de descripciones periodísticas o estadísticas.

La atención a la dinámica grupal no constituye un cambio de objeto, sino una consecuencia directa de los resultados obtenidos en el apartado anterior, en la medida en que la evidencia empírica revisada no respalda una explicación basada principalmente en la pornografía no violenta y desplaza el interés explicativo hacia factores situacionales y de interacción grupal. Desde esta perspectiva, el análisis de las agresiones sexuales cometidas en actuación conjunta permite examinar factores explicativos más próximos al hecho delictivo y, al mismo tiempo, comprender el fundamento de la respuesta jurídico-penal agravada prevista en el ordenamiento español.

---

(30) Slater, M. D., «Reinforcing Spirals: The Mutual Influence of Media Selectivity and Media Effects…», Communication Theory 17(3) (2007), 281–303, doi: 10.1111/j.1468-2885.2007.00296.x.

5.1 El «efecto grupo» y patrones descritos en España

La literatura criminológica ha descrito que la actuación conjunta puede introducir dinámicas situacionales específicas (p. ej., reparto de roles, desinhibición, presión de pares y aumento de la percepción de impunidad), las cuales tienden a incrementar el daño y a dificultar la resistencia o la autoprotección de la víctima (31). En el contexto español, determinadas fuentes oficiales y divulgativas han sintetizado patrones recurrentes de actuación conjunta que, sin constituir por sí mismos explicación causal, resultan relevantes como contexto para comprender el fundamento de la respuesta penal agravada.

En términos analíticos, conviene diferenciar tres planos:

En un primer plano situacional, número de intervinientes, secuencia de acciones, control del espacio/tiempo, y presencia de facilitadores contextuales (entornos de ocio, consumo de alcohol/drogas, etc.). En un segundo plano de interacción, coordinación explícita o tácita, reparto de funciones (iniciación, vigilancia, coacción ambiental), y retroalimentación grupal. Y, por último, un plano institucional, registro policial, visibilidad mediática y selección de casos, que pueden influir en la percepción pública del fenómeno.

5.2 La agravación por actuación conjunta (art. 180 CP) y su fundamento de lesividad

Desde el punto de vista dogmático, la agravación por actuación conjunta de dos o más personas se apoya en un plus de lesividad que puede describirse como incremento del desvalor de acción (mayor capacidad de dominación/aseguramiento del resultado) y, frecuentemente, del desvalor de resultado (mayor intensidad del daño o del riesgo). El fundamento no se reduce a la mera suma de intervinientes, sino a lo que esa pluralidad produce en el caso concreto: refuerzo de la coacción ambiental, reducción de posibilidades de resistencia y mayor dificultad de auxilio o huida.

Conviene subrayar que la agravación opera como regla de política criminal que capta un fenómeno situacional y lo traduce a categorías jurídico-penales: el legislador considera que la actuación conjunta expresa una peligrosidad o gravedad cualificada que justifica un

(31) Larrauri, E., (2018), *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Madrid, Trotta; Ministerio del Interior, *Informe sobre violencia sexual ejercida en grupo en España*, Secretaría de Estado de Seguridad. (2023).

marco punitivo superior. Como ha señalado Gómez Martín, las reformas recientes de los delitos contra la libertad sexual han reforzado la consideración de la actuación conjunta como una circunstancia particularmente lesiva para la libertad sexual de la víctima, en la medida en que incrementa la capacidad de dominación de los agresores y reduce significativamente las posibilidades de resistencia o autoprotección (32).

Desde una perspectiva sistemática, la agravación por actuación conjunta constituye una manifestación de la especial protección dispensada por el ordenamiento a la libertad sexual frente a contextos que incrementan significativamente la capacidad de dominación y la vulnerabilidad de la víctima. Gómez Martín destaca que las reformas recientes han reforzado este entendimiento al integrar la actuación conjunta dentro de los supuestos que expresan un mayor desvalor de acción y de resultado.

A nivel sistemático, esta técnica responde a la misma lógica que otras agravaciones: identificar supuestos en los que se aprecia un «salto» de gravedad por razones estructurales (vulnerabilidad, especial dominación, medios peligrosos, etc.).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reforzado esta valoración al destacar que la actuación conjunta genera un plus de lesividad derivado de la intimidación ambiental y de la capacidad de dominio sobre la víctima. Así lo evidencian resoluciones recientes en materia de agresiones sexuales grupales, en las que se subraya que la intervención plural intensifica la situación de vulnerabilidad y justifica la agravación prevista en el artículo 180 CP (33).

5.3 **Individualización de responsabilidad en autoría múltiple: problemas típicos y probatorios**

La actuación conjunta plantea un reto central: individualizar la contribución de cada interviniente sin transformar la imputación en una responsabilidad «por pertenencia» al grupo. En términos dogmáticos, la atribución exige conectar a cada sujeto con una aportación

(32) Gómez Martín, V., *Los delitos contra la libertad sexual tras la LO 10/2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

(33) Cfr. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, SSTS núm. 344/2019, de 4 de julio (caso «La Manada»); núm. 457/2022, de 11 de mayo; núm. 210/2023, de 8 de marzo; núm. 544/2023, de 5 de julio; núm. 723/2023, de 2 de octubre (ECLI: ES: TS:2023:3921); núm. 289/2024, de 21 de marzo (ECLI: ES: TS:2024:1698); y SSTS de 17 de julio de 2025 (caso Santander) y 9 de abril de 2026 (caso Almería), sobre agresiones sexuales cometidas en actuación conjunta.

típicamente relevante y con el correspondiente elemento subjetivo, de modo que la pluralidad de intervinientes no sustituya a la imputación individual (España, 1995/2026). Esta dificultad se manifiesta en dos planos complementarios:

En primer lugar, en el plano sustantivo (autoría/participación), la actuación conjunta obliga a depurar con especial cuidado el estatuto de intervención de cada sujeto. En primer término, en cuanto a la calificación de la intervención, debe determinarse si concurre coautoría, cooperación necesaria o complicidad, atendiendo a los criterios legales aplicables y a la construcción doctrinal de la intervención en el hecho, evitando categorías «por defecto» que diluyan la imputación individual (34). En segundo término, resulta decisivo delimitar el aporte relevante, conviene precisar si el interviniente ostenta un dominio funcional del hecho –esto es, un control conjunto sobre la realización típica– o si su contribución se agota en la facilitación accesoria, pues no toda coordinación equivale a autoría ni toda presencia coordinada implica dominio del curso delictivo (35). Finalmente, el tratamiento de conductas periféricas exige un juicio fino sobre la esencialidad del aporte: actuaciones como vigilancia, cobertura, apoyo logístico o aseguramiento del escenario pueden constituir aportaciones esenciales (cooperación necesaria) o meramente auxiliares (complicidad), y, en determinados supuestos, pueden incluso resultar insuficientes para integrar una participación penalmente relevante, lo que refuerza la exigencia de individualizar la contribución típica de cada interviniente (36).

En segundo lugar, en el plano probatorio, la actuación conjunta obliga a extremar la calidad del razonamiento de hecho para evitar que la complejidad del episodio y la pluralidad de intervinientes deriven en imputaciones difusas. La primera exigencia es la reconstrucción de secuencias cuando existen versiones divergentes: en contextos de autoría múltiple, la determinación de «quién hizo qué, cuándo y cómo» requiere ordenar cronología, escenarios y conductas con criterios de consistencia interna y corroboración externa, haciendo explícitos los pasos inferenciales que conducen a la fijación del factum (37). En segundo término, la valoración de indicios, como comunicaciones previas, patrones de coordinación, reparto de roles o comportamientos de aseguramiento del escenario, debe integrarse en una cadena argu-

(34) Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte general* (10.ª ed.). Reppertor.

(35) Roxin, C. (2014). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (7.ª ed. esp.). Marcial Pons.

(36) Muñoz Conde, F., y García Arán, M., (2019), *Derecho penal. Parte general* (10.ª ed.). Tirant lo Blanch.

(37) Taruffo, M., (2008), *La prueba de los hechos* (2.ª ed.). Trotta.

mental controlable, evitando que cada indicio opere aisladamente y cuidando que el conjunto alcance suficiencia racional según estándares de motivación, especialmente cuando la prueba es predominantemente indirecta (38). Finalmente, es imprescindible evitar inferencias automáticas del tipo «estar presente = participar»: la presencia puede ser un dato contextual, pero no sustituye la prueba de una contribución penalmente relevante y del elemento subjetivo correspondiente; por ello, la resolución debe justificar por qué los elementos disponibles permiten imputar individualmente a ese interviniente concreto, en términos compatibles con la presunción de inocencia y con el derecho a una decisión motivada (39).

Como regla de estilo doctrinal, es útil introducir aquí un recordatorio, la gravedad situacional del hecho no exime de justificar la imputación individual con base en una contribución típica y dolosa, y ello exige un estándar argumental reforzado cuando la dinámica grupal pueda contaminar la percepción de pruebas.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha precisado que en contextos de actuación conjunta todos los intervinientes pueden ser considerados coautores cuando contribuyen funcionalmente a la creación del contexto de dominación, incluso aunque no ejecuten directamente actos de contenido sexual.

En suma, la respuesta penal ante supuestos cometidos en actuación conjunta combina dos exigencias, en primer lugar, reconocer el plus de lesividad que justifica la agravación y en segundo, mantener una individualización estricta de responsabilidad para cada interviniente. Este doble enfoque conecta, por un lado, con la centralidad del consentimiento como núcleo del injusto y, por otro, con la necesidad de una motivación probatoria robusta cuando la dinámica grupal pueda operar como factor de sesgo interpretativo.

VI. DISCUSIÓN

6.1 **Correlación vs causalidad y sesgos de medición**

La primera debilidad de las hipótesis que conectan un factor de contenido con un incremento de conductas delictivas registradas es

(38) Ferrer Beltrán, J., (2007), *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

(39) España (1978), *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Texto consolidado vigente en 2026. España. (1882). *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Gaceta de Madrid, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882. Texto consolidado vigente en 2026.

de naturaleza inferencial, el hecho de que dos series covaríen (o parezcan hacerlo) no autoriza por sí solo una relación causal. En términos de metodología de la investigación, la causalidad exige, al menos, temporalidad, control explícito de confusores, comparabilidad entre grupos y un diseño que reduzca sesgos de selección; requisitos que rara vez quedan plenamente satisfechos cuando se trabaja con autoinformes de exposición y con indicadores agregados de criminalidad registrada.

Además, la literatura contemporánea sobre tecnología digital y juventud muestra que los resultados empíricos suelen ser heterogéneos y, cuando existen asociaciones, pueden ser pequeñas y muy sensibles a decisiones analíticas y a la calidad de la medición (p. ej., definiciones amplias de «uso», problemas de comparabilidad entre estudios y flexibilidad analítica). En otras palabras, incluso con grandes muestras, el hallazgo de una asociación estadística puede no tener fuerza explicativa suficiente para sostener conclusiones normativas o de política criminal, y menos aún para fundamentar un relato monocausal.

Un tercer punto crítico es la endogeneidad (selección + efectos). En modelos de comunicación, se ha insistido en que las personas no solo «reciben» influencia: también seleccionan entornos y mensajes coherentes con predisposiciones previas, configurando bucles recursivos (exposición ↔ actitudes/conductas). Metodológicamente, esto obliga a preferir diseños longitudinales y estrategias de identificación que separen, en la medida de lo posible, «efecto de la exposición» de «efecto de la selección».

6.2 **Factores situacionales y contextuales (oportunidad, desinhibición, pares) frente a variables de contenido**

Frente a hipótesis centradas en contenido, una explicación generalmente más parsimoniosa (y compatible con criminología empírica) es que muchas conductas graves dependen en gran medida de condiciones situacionales como la oportunidad, control del espacio/tiempo, presencia de desinhibidores (p. ej., intoxicación), y dinámica de pares.

Esta aproximación es coherente con los planteamientos criminológicos que explican el delito como el resultado de la interacción entre factores individuales, situacionales y contextuales, evitando interpretaciones reduccionistas basadas en una única variable causal (40).

(40) Larrauri, E., *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Madrid, Trotta, 2018.

Este enfoque no niega que existan procesos de socialización; lo que sostiene es que el paso desde actitudes o expectativas a conducta requiere, con frecuencia, un «acoplamiento» con contextos y oportunidades concretas.

Desde la teoría de efectos mediáticos, esta preferencia por lo situacional encaja bien con modelos que enfatizan susceptibilidad diferencial, no hay un efecto uniforme, sino que disposiciones, desarrollo y entorno social modulan el impacto y su traducción en conductas (41). En paralelo, la evidencia sobre tecnología y bienestar juvenil apunta a que las asociaciones agregadas son débiles o mixtas, lo que hace aún más plausible que los determinantes «fuertes» se encuentren en variables de contexto (familia, pares, entornos de ocio, desigualdad, etc.) y en mecanismos proximales, más que en un único factor de exposición (42).

Para explicar violencia ejercida en grupo (sin entrar en tipologías concretas), el marco situacional añade elementos conocidos: la acción conjunta puede incrementar la desinhibición, reforzar la percepción de impunidad y facilitar un reparto de roles (iniciación, vigilancia, presión ambiental), de modo que la conducta emerge más de la interacción y del contexto que de un contenido específico. Este tipo de lectura también es coherente con modelos recursivos de comunicación: la exposición puede contribuir a expectativas o guiones, pero los comportamientos grupales suelen intensificarse por retroalimentación social inmediata (aprobación, contagio conductual, «normalización» en el microgrupo) (43).

De los resultados se desprende que las variables de contenido, cuando son objeto de análisis, tienden a operar principalmente como factores distales o contextuales, mientras que los factores situacionales e interaccionales, en particular los asociados a la dinámica de pares funcionan como determinantes proximales vinculados a la oportunidad y a los procesos de escalada en contextos grupales. Esta distinción permite explicar de manera más ajustada la emergencia y evolución de determinadas conductas colectivas, sin sobredimensionar el peso explicativo de los contenidos en sí mismos. Además, esta lectura resulta metodológicamente más prudente, en la medida en que evita

---

(41) Hernán, M. A., y Robins, J. M., *Causal Inference: What If* (Chapman & Hall/CRC, 2020), disponible en: https://miguelhernan.org/whatifbook.

(42) Orben, A., y Przybylski, A. K. (2019). The association between adolescent well-being and digital technology use. *Nature human behaviour*, *3*(2), 173–182. https://doi.org/10.1038/s41562-018-05061.

(43) Criado Pajuelo, A., (2022), La representación de la mujer en la pornografía desde una perspectiva de género: un análisis global. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, *12*, 52-80. https://doi.org/10.15366/jfgws2022.12.004.

atribuir relaciones causales fuertes a asociaciones de naturaleza observacional, y favorece interpretaciones compatibles con modelos multicausales y sensibles al contexto (44).

Si las explicaciones monocausales resultan insuficientes para comprender el fenómeno, las respuestas institucionales tampoco pueden descansar sobre una única herramienta. Ello obliga a examinar las implicaciones preventivas y de política criminal derivadas de los resultados obtenidos.

VII. IMPLICACIONES PARA POLÍTICA CRIMINAL Y PREVENCIÓN EN ESPAÑA (SIN «PÁNICO MORAL»)

7.1 **Prevención y educación relacional basada en evidencia**

Las políticas públicas eficaces tienden a priorizar intervenciones universalistas y selectivas sustentadas en evidencia empírica, evitando respuestas reactivas impulsadas por episodios mediáticos o por percepciones coyunturales de inseguridad. En esta línea, la Organización Mundial de la Salud ha señalado que las estrategias más eficaces para prevenir la violencia sexual combinan intervenciones educativas, comunitarias e institucionales dirigidas a actuar simultáneamente sobre factores individuales, relacionales y contextuales, desde un enfoque preventivo de carácter integral (45). Como ha señalado Larrauri, la prevención de la violencia sexual exige superar los enfoques exclusivamente reactivos y actuar sobre los procesos de socialización que favorecen la reproducción de pautas de desigualdad y dominación (46).

En el ámbito educativo, esto se traduce en programas de habilidades socioemocionales y relacionales (comunicación, límites, empatía, resolución de conflictos, gestión de presión del grupo, alfabetización digital y pensamiento crítico) que no se plantean como moralización, sino como reducción de riesgo y fortalecimiento de la autonomía personal.

---

(44) Slater, MD, (2007), Espirales de refuerzo: La influencia mutua de la selectividad de los medios y los efectos de los medios y su impacto en el comportamiento individual y la identidad social. *Communication theory*, *17* (3), 281-303.

(45) World Health Organization, *Preventing Intimate Partner and Sexual Violence Against Women: Taking Action and Generating Evidence*, Geneva, World Health Organization, 2010, pp. 2-8.

(46) Laurenzo Copello, P., *Violencia sexual y política criminal feminista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

En esta línea, la educación afectivo-sexual no debe limitarse a la transmisión de información biológica o sanitaria, sino que debe favorecer el desarrollo de competencias críticas que permitan identificar relaciones igualitarias, comprender el consentimiento y cuestionar estereotipos que afectan a la autonomía personal y a la convivencia. De acuerdo con las directrices internacionales sobre educación sexual integral, estas intervenciones deben promover habilidades relacionales, pensamiento crítico, respeto a los derechos humanos y capacidad para adoptar decisiones informadas en el ámbito afectivo y sexual (47). Desde una perspectiva complementaria, De Miguel Álvarez subraya la importancia de incorporar herramientas que permitan analizar críticamente los modelos culturales y los mensajes que influyen en la construcción de las expectativas sexuales y afectivas, favoreciendo una comprensión de las relaciones interpersonales basada en la igualdad, el respeto mutuo y la autonomía persona (48).

En este contexto, la educación afectivo-sexual adquiere una función preventiva relevante no solo desde la perspectiva de la información, sino también como mecanismo de promoción de relaciones igualitarias y de comprensión del consentimiento. Como señala Laurenzo Copello, la prevención de la violencia sexual exige actuar sobre los procesos de socialización y sobre los patrones culturales que condicionan las relaciones entre mujeres y hombres (49).

Desde una perspectiva de política criminal, conviene diferenciar la Prevención primaria (habilidades y normas de convivencia), la Prevención secundaria (detección temprana y apoyo a grupos en riesgo), y la Prevención terciaria (intervención tras hechos, evitando revictimización y reduciendo reincidencia).

Esta arquitectura permite sostener una concepción de la prevención compatible con los postulados de una política criminal basada en la evidencia y alejada de respuestas inspiradas por el denominado «pánico moral». En este sentido, las intervenciones preventivas eficaces suelen caracterizarse por ser progresivas, multicomponente y evaluables, razón por la cual la prioridad debe situarse en programas que incorporen indicadores de proceso y resultado, mecanismos de control de calidad, formación especializada de los profesionales y procedimientos de evaluación independientes.

---

(47) UNESCO, *International Technical Guidance on Sexuality Education: An Evidence-Informed Approach*, París, UNESCO, 2018, pp. 16-22.

(48) De Miguel Álvarez, A., *Ética para Celia contra la doble verdad*, Barcelona, Penguin Random House, 2022.

(49) Laurenzo Copello, P., *Género y Derecho Penal*, Granada, Comares, 2021.

Asimismo, la prevención de la violencia sexual requiere intervenir sobre los marcos culturales y relacionales que contribuyen a reproducir situaciones de desigualdad, subordinación o cosificación sexual. Desde esta perspectiva, la actuación preventiva no puede limitarse a la modificación de comportamientos individuales, sino que debe atender también a los contextos sociales de aprendizaje, a los procesos de socialización de género y a los modelos culturales que influyen en la construcción de las relaciones afectivas y sexuales. Como han puesto de relieve tanto la literatura especializada como los organismos internacionales, las estrategias preventivas más eficaces son aquellas que combinan educación, transformación cultural, participación comunitaria y fortalecimiento institucional dentro de una respuesta integral y sostenida en el tiempo (50).

Las estrategias preventivas centradas en la educación, la socialización y el fortalecimiento de competencias relacionales constituyen una pieza esencial de la prevención primaria. Sin embargo, la evidencia criminológica muestra que la conducta no depende únicamente de factores individuales, sino también de las características de los entornos y de las dinámicas de interacción que condicionan las oportunidades de actuación. Desde esta perspectiva, resulta necesario complementar las intervenciones educativas con medidas orientadas a la prevención situacional y a la gestión de contextos de riesgo.

7.2 **Intervención sobre dinámicas de grupo y prevención situacional**

Una línea particularmente sólida en prevención es la situacional, que actúa sobre oportunidades, entornos y rutinas para reducir la probabilidad de incidentes como la iluminación, control de accesos, supervisión adecuada, protocolos de seguridad en espacios de ocio, transporte seguro, gestión de aforos, y mecanismos de alerta y acompañamiento. Como ha puesto de manifiesto Clarke, la prevención situacional parte de la premisa de que la modificación de oportunidades y contextos puede reducir significativamente la probabilidad de que determinadas conductas delictivas lleguen a producirse, sin necesidad de actuar exclusivamente sobre las motivaciones individuales (51). Desde la perspectiva de la teoría de las actividades rutinarias,

(50) De Miguel Álvarez, A., «La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2019.

(51) Clarke, Ronald V., *Situational Crime Prevention: Successful Case Studies*, Albany, Harrow and Heston, 1997.

las oportunidades para la comisión de delitos dependen en gran medida de la convergencia entre potenciales agresores, objetivos adecuados y ausencia de mecanismos eficaces de supervisión o control, lo que explica la relevancia preventiva de la gestión de entornos y rutinas sociales (52).

En paralelo, la literatura sobre conducta en grupo subraya la conveniencia de intervenir sobre las pautas normativas, la difusión de responsabilidad y los mecanismos de escalada asociados a la presión de pares. En particular, los programas de *bystander intervention* han mostrado capacidad para modificar normas grupales, aumentar la disposición a intervenir ante situaciones de riesgo y reducir la tolerancia social frente a conductas potencialmente violentas, fortaleciendo la implicación de terceros como agentes activos de prevención (53).

Desde esta perspectiva, la prevención no se agota en mensajes generales, sino que se orienta a modificar expectativas compartidas, reforzar umbrales de intervención y dotar de herramientas operativas a quienes pueden interrumpir conductas de riesgo en contextos cotidianos. En este marco, resultan especialmente útiles las estrategias de *bystander intervention*, destinadas a capacitar a terceros para detectar señales tempranas, valorar riesgos e intervenir de manera segura; las campañas de norma social, orientadas a clarificar qué conductas son inaceptables para el propio grupo y a reducir la tolerancia situacional; los protocolos de actuación en entornos de ocio, que estandaricen la detección, la respuesta y la derivación a recursos; y, finalmente, la coordinación entre operadores locales, municipios, fuerzas de seguridad, servicios sociales y sanitarios, a fin de garantizar circuitos de actuación coherentes, rápidos y evaluables.

La clave doctrinal es que estas intervenciones son proporcionales –al no descansar exclusivamente en mecanismos punitivos–, preventivas y, sobre todo, evaluables. La evidencia criminológica disponible sugiere que las estrategias que combinan prevención situacional, modificación de normas grupales e intervención temprana presentan mayores posibilidades de éxito que aquellas basadas exclusivamente en el incremento de la severidad penal. Desde esta perspectiva, la prevención aparece como un complemento necesario de la respuesta jurídico-penal y no como una alternativa a ella.

---

(52) Cohen, Lawrence E., y Felson, M., «Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach», *American Sociological Review*, vol. 44, núm. 4, 1979, pp. 588-608.

(53) Banyard, Victoria L., «Toward the Next Generation of Bystander Prevention of Sexual and Relationship Violence», 2015.

Las medidas educativas, comunitarias y situacionales descritas en los apartados anteriores comparten una característica común: actúan de manera preventiva sin recurrir directamente al castigo penal. Esta constatación resulta especialmente relevante porque recuerda que la prevención de la violencia sexual no puede descansar exclusivamente sobre el Derecho Penal. Precisamente por ello, a respuesta jurídico-penal debe analizarse teniendo presentes no solo sus posibilidades de actuación, sino también sus límites estructurales.

7.3 **Límites del Derecho penal: proporcionalidad, prueba y función simbólica**

El Derecho Penal ofrece herramientas imprescindibles para la tutela de bienes jurídicos, pero su rendimiento preventivo directo es limitado. Por ello, una política criminal madura debe reconocer, al menos, tres límites.

En primer lugar, la proporcionalidad. El incremento de severidad no garantiza por sí mismo una reducción del fenómeno si no se acompaña de medidas preventivas, mecanismos eficaces de investigación y apoyo institucional a las víctimas. Como ha advertido Díez Ripollés, una parte de las reformas penales contemporáneas corre el riesgo de operar principalmente en el plano simbólico, transmitiendo mensajes de reafirmación normativa sin que exista necesariamente evidencia de una mayor eficacia preventiva. Asimismo, la proporcionalidad opera como límite frente a reformas impulsadas por episodios de elevada repercusión social o mediática, pues determinadas respuestas legislativas en materia sexual pueden verse condicionadas por dinámicas de populismo punitivo, en las que el aumento de las penas aparece como principal mecanismo de reacción institucional ante problemas complejos cuya prevención exige respuestas multidimensionales que trascienden el ámbito estrictamente penal (54).

En una línea similar, Maqueda Abreu advierte que las políticas criminales dirigidas a combatir la violencia sexual deben evitar respuestas basadas exclusivamente en el endurecimiento punitivo, pues la eficacia de la protección penal depende también de la articulación de estrategias preventivas, educativas e institucionales capaces de actuar sobre los factores que favorecen la victimización (55).

---

(54) Díez Ripollés, J. L., *Política criminal y populismo punitivo en materia sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

(55) Maqueda Abreu, M. L, *Razones y sinrazones de la política criminal de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

A continuación, la prueba y las garantías. En fenómenos caracterizados por una elevada complejidad situacional, los estándares probatorios y de motivación judicial resultan decisivos. Una expansión simbólica del castigo sin una capacidad suficiente de esclarecimiento y prueba puede generar frustración social y deteriorar la legitimidad del sistema penal. Como recuerda Ferrajoli, la legitimidad del Derecho penal en un Estado de Derecho depende no solo de los fines perseguidos, sino también del respeto a las garantías sustantivas y procesales que limitan el ejercicio del poder punitivo. En consecuencia, la protección de bienes jurídicos tan relevantes como la libertad sexual no puede desvincularse de las exigencias de motivación, prueba suficiente y respeto a la presunción de inocencia (56).

En último lugar, la función simbólica. Las reformas penales pueden cumplir una relevante función expresiva al manifestar el compromiso del legislador con la protección de determinados bienes jurídicos. Desde una perspectiva más amplia de política criminal, Garland ha advertido que las sociedades contemporáneas muestran una tendencia creciente a recurrir al Derecho Penal como instrumento simbólico de respuesta frente a problemas sociales complejos, generando expectativas que difícilmente pueden satisfacerse únicamente mediante reformas legislativas (57).

No obstante, diversos estudios han advertido que la eficacia de la respuesta frente a la violencia sexual depende también de factores institucionales vinculados a la atención de las víctimas, la accesibilidad al sistema de justicia y la calidad de la respuesta pública, aspectos que no pueden ser sustituidos únicamente mediante el endurecimiento de las penas (58).

Sin embargo, la doctrina ha advertido que el recurso reiterado a reformas de carácter predominantemente simbólico puede generar expectativas sociales difíciles de satisfacer si no se acompaña de medidas preventivas, educativas e institucionales eficaces (59). Desde esta perspectiva, la respuesta frente a la violencia sexual exige combinar prevención, atención a las víctimas, investigación eficaz, garantías procesales y proporcionalidad punitiva, evitando tanto los riesgos del expansionismo penal como las simplificaciones que atribuyen fenómenos complejos a

---

(56) Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

(57) Garland, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

(58) Larrauri, E., *Mujeres y sistema penal*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2020.

(59) Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal simbólico y reformas penales contemporáneas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

factores causales únicos. Las consideraciones anteriores deben valorarse teniendo presentes las limitaciones metodológicas expuestas a lo largo del trabajo, especialmente las derivadas de la dependencia del dato institucional, las restricciones inherentes a la investigación observacional y los problemas de comparabilidad de las series analizadas.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. Límites de la hipótesis explicativa basada en la pornografía no violenta.

El análisis de la evidencia empírica disponible permite concluir que no existe respaldo científico suficiente para sostener una relación causal directa entre el consumo de pornografía no violenta y el incremento de los delitos contra la libertad sexual. Los estudios revisados muestran asociaciones heterogéneas, condicionadas por importantes limitaciones metodológicas y por la intervención de múltiples factores de confusión, lo que impide atribuir a dicha variable una capacidad explicativa autónoma del fenómeno. En consecuencia, la hipótesis que vincula de manera lineal pornografía no violenta y aumento de la delincuencia sexual debe ser considerada, en el estado actual de la investigación, una explicación insuficiente y empíricamente no demostrada.

Segunda. Este artículo ha abordado un problema jurídico-social contemporáneo desde una aproximación doctrinal apoyada en contexto institucional, con un objetivo principal, analizar cómo debe construirse una interpretación rigurosa y no monocausal cuando se pretende conectar cambios en el registro de hechos con explicaciones de fondo. La tesis sostenida es que el dato institucional resulta imprescindible para dimensionar el fenómeno, pero no puede operar como prueba causal autosuficiente, especialmente cuando concurren cifra oculta, variaciones en denuncia y cambios en criterios de registro.

Tercera. Aportación dogmática: centralidad del núcleo del injusto y graduación de gravedad. En el plano normativo, el estudio ha mostrado que el sistema penal contemporáneo tiende a estructurar la respuesta en torno a un núcleo de prohibición y a articular mecanismos de graduación (subtipos, agravaciones y reglas de individualización). Esta arquitectura permite distinguir entre el núcleo del comportamiento prohibido y los supuestos de mayor lesividad, favoreciendo una respuesta más coherente con la proporcionalidad y con la exigencia de motivación.

Cuarta. En el plano empírico institucional, la serie disponible para el periodo 2018–2024 refleja una evolución claramente ascen-

dente de los delitos contra la libertad sexual registrados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con un incremento acumulado significativo en el número de hechos conocidos. Desde el punto de vista tipológico, el fenómeno se concentra principalmente en las agresiones sexuales sin penetración y en las agresiones sexuales con penetración, que constituyen las categorías más representativas dentro del conjunto analizado. No obstante, la interpretación adecuada exige mantener separadas tres dimensiones: (i) variación de hechos registrados, (ii) cambios en disposición a denunciar/visibilidad institucional y (iii) cambios en prácticas de registro/clasificación. Por ello, el uso doctrinal del dato debe ser contextual y acompañado de advertencias metodológicas explícitas.

Quinta. Alcance explicativo de la hipótesis sobre pornografía no violenta. A la luz de la evidencia científica examinada, no puede afirmarse que la pornografía no violenta constituya una causa directa ni empíricamente demostrada del incremento de los delitos contra la libertad sexual. Las revisiones sistemáticas y estudios disponibles muestran asociaciones heterogéneas y metodológicamente condicionadas, insuficientes para sostener una relación causal robusta. En consecuencia, la hipótesis de que el consumo de pornografía no violenta explica por sí mismo el aumento de estos delitos no queda confirmada por la evidencia actualmente disponible.

Ello no significa que la pornografía carezca necesariamente de relevancia como fenómeno de socialización sexual. La literatura especializada permite sostener, con mayor prudencia, que determinados efectos pueden producirse de forma indirecta y mediada a través de variables como la construcción de expectativas sexuales, los guiones de interacción, el realismo percibido o la comprensión del consentimiento. Sin embargo, estos mecanismos presentan una elevada variabilidad individual y se encuentran condicionados por factores personales, familiares, sociales y contextuales.

Desde una perspectiva metodológica, los intentos de explicar tendencias agregadas mediante un único factor suelen fracasar debido a problemas de temporalidad, variables de confusión, sesgos de selección y limitaciones de medición. Por ello, las hipótesis explicativas defendibles deben formularse en términos mediados y multicausales, evitando inferencias causales simplificadoras. La cuestión permanece abierta desde el punto de vista empírico y requiere investigaciones longitudinales y diseños de inferencia causal más sólidos antes de poder considerarse confirmada o refutada de forma concluyente.

Sexta. Factores situacionales y dinámicas de grupo como claves explicativas de conductas colectivas. Cuando la conducta se produce

en escenarios de interacción grupal, los factores situacionales y de pares adquieren un protagonismo especial: oportunidad, desinhibición, difusión de responsabilidad, refuerzo por el grupo y reparto de roles. Esta constatación no desplaza el análisis normativo; al contrario, lo refuerza, porque permite comprender por qué el legislador suele prever consecuencias jurídicas más severas en supuestos de actuación conjunta y por qué la individualización de la responsabilidad debe extremar el cuidado argumental.

Séptima. Implicaciones para política pública: prevención evaluable y sin respuestas impulsivas. En términos de política criminal, el trabajo propone una agenda que priorice, en primer lugar, las medidas preventivas evaluables y sostenibles (competencias relacionales, alfabetización digital, habilidades de intervención de terceros). En segundo lugar, la prevención situacional y gestión de entornos de riesgo, y por último, la coordinación institucional centrada en reducir daños y mejorar la respuesta, evitando enfoques reactivos basados en episodios mediáticos. La «no simplificación» es, aquí, una exigencia de calidad que consiste en una política pública eficaz que requiere indicadores, seguimiento y revisión.

Octava. Límites del Derecho Penal: proporcionalidad, prueba y función simbólica. El Derecho Penal es imprescindible como último garante, pero presenta límites estructurales: su eficacia preventiva directa es necesariamente parcial, su aplicación depende de estándares probatorios exigentes y su función simbólica puede generar expectativas sociales que no siempre se corresponden con la capacidad real del sistema para producir resultados. Por ello, las reformas deben orientarse a mejorar coherencia y aplicabilidad, preservando garantías, evitando expansiones meramente expresivas y reforzando la calidad de la respuesta institucional.

Novena. Límites del estudio y líneas futuras. Las limitaciones metodológicas expuestas en el apartado 1.2 aconsejan interpretar los resultados con prudencia. En particular, la dependencia de datos institucionales, la heterogeneidad de las fuentes estadísticas y las limitaciones propias de los diseños observacionales evidencian la necesidad de desarrollar futuras investigaciones longitudinales, comparadas y orientadas a la inferencia causal.

En conjunto, el artículo aporta un marco doctrinal y metodológico para discutir fenómenos complejos sin caer en explicaciones monocausales, distingue entre registro e incidencia, integra mecanismos mediadores y sitúa la respuesta penal dentro de un sistema que debe equilibrar protección efectiva, proporcionalidad y garantías.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina y literatura científica

Banyard, V. L., (2015), Toward the Next Generation of Bystander Prevention of Sexual and Relationship Violence.

Cohen, Lawrence E. y Felson, M., (1979), «Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach», *American Sociological Review*, vol. 44 (4), 588–608.

Clarke, Ronald V., (1997), *Situational Crime Prevention: Successful Case Studies*, Albany, Harrow and Heston.

Criado Pajuelo, A., (2022), La representación de la mujer en la pornografía desde una perspectiva de género: un análisis global, *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, *12*, 52-80, https://doi.org/10.15366/jfgws2022.12.004.

Díez Ripollés, J. L., (2019), *Derecho penal simbólico y reformas penales contemporáneas*, Cizur Menor, Aranzadi.

— (2023), *Política criminal y populismo punitivo en materia sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch.

De Miguel Álvarez, A., (2015), *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid, Cátedra.

— (2019), «La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*.

— (2022), *Ética para Celia contra la doble verdad*, Barcelona, Penguin Random House.

Ferrer Beltrán, J., (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons.

Ferrajoli, L., (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.

Garland, D., (2001), *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press.

Gómez Martín, V., (2023), *Los delitos contra la libertad sexual tras la LO 10/2022*, Cizur Menor, Aranzadi.

— (2024), «Consentimiento, libertad sexual y Derecho Penal», *Revista General de Derecho Penal*.

Hernán, M. A. y Robins, J. M., *Causal Inference: What If* (Chapman & Hall/CRC, 2020), disponible en: https://miguelhernan.org/whatifbook.

Larrauri, E., (2018), *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Madrid, Trotta.

— (2020), *Mujeres y sistema penal*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF.

Laurenzo Copello, P., (2021), *Género y Derecho Penal*, Granada, Comares, 2021.

— (2022), *Violencia sexual y política criminal feminista*, Valencia, Tirant lo Blanch.

— (2023), «La construcción del consentimiento en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Revista Penal*, núm. 52.

MAQUEDA ABREU, M. L., (2018), *La violencia sexual en el Derecho Penal español*, Granada, Comares.

— (2021), *Razones y sinrazones de la política criminal de género*, Valencia, Tirant lo Blanch.

— (2023), *Delitos sexuales y reformas legislativas recientes*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MIR PUIG, S., (2015), *Derecho penal. Parte general* (10.ª ed.), Reppertor.

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., (2019), *Derecho Penal. Parte general* (10.ª ed.), Tirant lo Blanch.

ODGERS, CANDICE L. y JENSEN, MICHAELINE R., (2020), *Annual Research Review: Adolescent mental health in the digital age: facts, fears, and future directions*, Journal of Child Psychology and Psychiatry 61(3), 336-348, doi: 10.1111/jcpp.13190.

ORBEN, A., y PRZYBYLSKI, A. K., (2019), The association between adolescent well-being and digital technology use, *Nature human behaviour*, *3*(2), 173-182. https://doi.org/10.1038/s41562-018-05061.

PEARL, J., (2009), *Causality: Models, Reasoning, and Inference* (2.ª ed.), Cambridge University Press.

PÉREZ MACHÍO, A. I., (2023), «La libertad sexual tras la LO 10/2022», *Revista General de Derecho Penal*.

— (2024), *Consentimiento sexual y reformas penales recientes*, Cizur Menor, Aranzadi.

PETER, J. y VALKENBURG, P. M., (2016), «Adolescents and Pornography: A Review of 20 Years of Research», The Journal of Sex Research, vol. 53, núm. 4-5.

ROXIN, C., (2014), *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (7.ª ed. esp.), Marcial Pons.

TAMARIT SUMALLA, J. M., (2023), «La Ley Orgánica 10/2022 y el nuevo modelo de delitos sexuales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25.

— (2024), *Victimología y sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.

TARUFFO, M., (2008), *La prueba de los hechos* (2.ª ed.), Trotta.

SHRUM, L. J., (2017), Cultivation theory: Effects and underlying processes. En *The international encyclopedia of media effects*. Wiley https://doi.org/10.1002/9781118783764.wbieme004.

SLATER, M. D., (2007), «Reinforcing Spirals: The Mutual Influence of Media Selectivity and Media Effects…», Communication Theory 17(3), 281–303, doi: 10.1111/j.1468-2885.2007.00296.x.

SHADISH, W. R., COOK, T. D., y CAMPBELL, D. T., (2002), *Experimental and quasi-experimental designs for generalized causal inference*, Houghton Mifflin.

VALKENBURG, P. M., y PETER, J., (2013), *The Differential Susceptibility to Media Effects Model*, Journal of Communication 63(2), 221–243, doi: 10.1111/jcom.1.

Wright, P. J.; Tokunaga, R. S., y Kraus, A., (2016), «A Meta-Analysis of Pornography Consumption and Actual Acts of Sexual Aggression in General Population Studies», *Journal of Communication*, vol. 66, núm. 1.
W. James Potter, *Media Literacy*, SAGE (ed. reciente; p. ej., 2013/2019).

Documentos e informes institucionales

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado., (s. f.), «Boletín Oficial del Estado». Recuperado el 12 de abril de 2026, de https://www.boe.es/.
Ministerio del Interior. *Observatorio Nacional de Violencia Organizada y Sistemas (ONVIOS)*.
UNESCO (2018), *International Technical Guidance on Sexuality Education: An Evidence-Informed Approach*, París, UNESCO.
Ministerio del Interior, (s. f.), «Observatorio Nacional de Violencia Organizada y Sistemas (ONVIOS)». Recuperado el 12 de abril de 2026, de https://onvios.ses.mir.es/publico/onvios.
World Health Organization (2010), *Preventing intimate partner and sexual violence against women: taking action and generating evidence*, Geneva, World Health Organization.

Legislación

España (1978), *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
España (1882), *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Gaceta de Madrid, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.
España (2022), *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*. Boletín Oficial del Estado, núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.
España (2023), *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual*. Boletín Oficial del Estado, núm. 101, de 28 de abril de 2023.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2019, 4 de julio). Sentencia núm. 344/2019.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2022, 11 de mayo). Sentencia núm. 457/2022.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2023, 8 de marzo). Sentencia núm. 210/2023.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2023, 5 de julio). Sentencia núm. 544/2023.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2023, 2 de octubre). Sentencia núm. 723/2023 (ECLI: ES: TS:2023:3921).
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2024, 21 de marzo). Sentencia núm. 289/2024 (ECLI: ES: TS:2024:1698).
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2025, 17 de julio). Sentencia (caso Santander).
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2026, 9 de abril). Sentencia (caso Almería).
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2025, 10 de abril). Sentencia núm. 362/2025.

PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

¿Jueces legisladores? El papel de la jurisprudencia en la creación normativa penal y los límites de su retroactividad (1)

MAR JIMÉNEZ COMPANY

Doctoranda en Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La cuestión de la retroactividad –o irretroactividad– de los cambios jurisprudenciales desfavorables en materia penal ha sido ampliamente estudiada y abordada por la doctrina. Sin embargo, tras décadas de discusión interdisciplinar, no se ha alcanzado un criterio consensuado ni una propuesta concreta que permita considerar satisfactoriamente resuelta esta cuestión. Este trabajo tiene por objeto proponer la formulación de un principio de irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable, que supere los principales argumentos e inconvenientes alegados por quienes niegan la posibilidad de reconocer dicha irretroactividad y que, al mismo tiempo, ofrezca una solución coherente y respetuosa con nuestro ordenamiento constitucional.

Palabras clave: *principio de legalidad; cambios jurisprudenciales desfavorables; irretroactividad; seguridad jurídica; justicia.*

---

(1) Este trabajo se basa en la propuesta presentada a la VII edición del Premio Susana Huerta de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Quisiera expresar mi más sincero agradecimiento a la organización y dirección del premio, así como al jurado, integrado por el Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, la Dra. Dña. María Ángeles Rueda Martín y el Dr. D. Jon-Mirena Landa Gorostiza, cuyas aportaciones han sido esenciales tanto para la mejora de este texto como para enriquecer mi reflexión sobre el tema. Asimismo, deseo agradecer a mis directoras de tesis, las Dras. Mercedes Pérez Manzano y Marina Mínguez Rosique, por su guía, su apoyo constante y su inmensa generosidad, así como por sus valiosas observaciones, decisivas para la orientación de este trabajo y para que alcanzara su forma y conclusiones. Extiendo mi agradecimiento a todos los compañeros del Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, por conversar siempre conmigo y, en especial, al Dr. Juan Antonio Lascuraín Sánchez, por toda la ayuda y disponibilidad durante la elaboración de este trabajo.

ABSTRACT

The question of the retroactivity –or non-retroactivity– of adverse jurisprudential changes in criminal matters has been widely studied and addressed in the literature. However, after decades of interdisciplinary discussion, no consensual criterion or concrete proposal has been reached that satisfactorily resolves this issue. This paper aims to propose the formulation of a principle of non-retroactivity of unfavourable case law that overcomes the main arguments and objections raised by those who deny the possibility of recognising such non-retroactivity, while at the same time offering a solution that is coherent and consistent with our constitutional framework.

Keywords: *Rule of law; unfavourable jurisprudential changes; non-retroactivity; legal certainty; justice.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Casos problemáticos: desde la mitad del siglo XX hasta nuestros días.–III. Estado de la cuestión: la necesaria integración de dos culturas por parte del TEDH. IV. Sistematización de los argumentos. 4.1 Argumentos en contra de la irretroactividad de la jurisprudencia. 4.1.1 Argumentos basados en el concepto de norma. 4.1.2 Argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal. 4.1.3 Argumentos de carácter constitucional. 4.2 Argumentos a favor de la irretroactividad de la jurisprudencia: toma de postura. 4.2.1 Argumentos basados en el concepto de norma: un enunciado normativo con significado propio. 4.2.2 Argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal. 4.2.3 Argumentos de carácter constitucional. 4.3 El conflicto de fondo: ¿seguridad jurídica vs. justicia material? Un balance.–V. Una propuesta.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la retroactividad –o irretroactividad– de los cambios jurisprudenciales desfavorables en materia penal ha sido ampliamente estudiada y abordada por la doctrina, no sólo desde el Derecho penal, sino también desde el Derecho constitucional y la Filosofía del Derecho, lo que revela el carácter interdisciplinar de la discusión. Concretamente, se ha planteado la posibilidad de que el principio de irretroactividad penal desfavorable rija no sólo ante cambios «legales», sino también «jurisprudenciales». Sin embargo, tras décadas de discusión interdisciplinar, no se ha alcanzado un criterio consensuado ni una propuesta concreta que permita considerar satisfactoriamente resuelta esta cuestión.

Resulta especialmente problemático que una controversia de estas características permanezca sin una solución definitiva en la doctrina, pues afecta directamente a un elemento tan sensible del Estado de Derecho como es el principio de legalidad penal; en este sentido, ya advertía Neumann que «el Derecho penal no puede arrastrar problemas no resueltos relativos a cuestiones fundamentales, y, tanto menos, en un ámbito del Estado de Derecho tan sensible como el del principio *nullum crimen*» (2). Así, pese a lo profusamente trabajada que ha sido esta cuestión, no solo carecemos de una solución consensuada, sino que el problema reaparece de manera recurrente en la práctica jurídica cotidiana, afectando directamente a los justiciables.

Es posible que la dificultad de alcanzar una solución ampliamente aceptada se deba a que esta cuestión nos devuelve a la clásica dicotomía que protagoniza muchos de los problemas que giran en torno al principio de legalidad: la seguridad jurídica –como expresión de la libertad del ciudadano frente a la actuación del poder estatal– enfrentada con la justicia material del caso concreto. Como a continuación se desarrollará, la seguridad jurídica ha sido siempre el fundamento indiscutido de la interdicción de retroactividad penal desfavorable (3), mientras que las necesidades de justicia material para el caso concreto constituyen un importante argumento en favor de la retroactividad de la jurisprudencia –siendo esta última la solución tradicionalmente adoptada en nuestra cultura jurídica– (4). En este sentido, el presente trabajo tiene por objetivo mostrar que la cuestión no es tan binaria como pudiere parecer –como si las opciones fuesen solo dos, excluyentes entre sí: o tenemos seguridad jurídica o tenemos justicia– y que existen soluciones que nos permiten alcanzar un equilibrio entre ambos valores enfrentados y, así, «ganar» en términos de valores constitucionales (5).

De esta manera, el presente trabajo se caracteriza por ofrecer una sistematización de los argumentos que tradicionalmente se han presentado en torno a esta discusión, con el objetivo de dilucidar cuál es la

(2) Neumann, U., «¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales *in peius* de los tribunales penales eficacia retroactiva?», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Madrid, 1999, p. 104.

(3) Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencial penal desfavorable: *gonna walk and don't look back*», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* núm. 38, 2025, p. 117.

(4) Sobre ello, *vid.* Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición», en Minero Alejandre, G., y Puente Rodríguez, L. (dirs.): *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (28). Derecho y retroactividad,* BOE, Madrid, 2024, p. 266; igualmente, cf. *infra.* n. p. 20.

(5) Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencial penal…, *op. cit*., p. 128.

cuestión que subyace tras esta problemática y tratar así de presentar una posible solución. Con el ánimo de ofrecer un enfoque distinto, el problema se aborda no solo desde los argumentos tradicionalmente esgrimidos en este debate, sino también desde la perspectiva de la naturaleza deóntica de los distintos contenidos del principio de legalidad penal. Partiendo de la premisa de que la solución no consiste en trasladar mecánicamente el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable a la jurisprudencia (6), se propone configurar un principio propio, adaptado a las características específicas de los cambios jurisprudenciales. Concretamente, se plantea la formulación de un principio –entendido como mandato de optimización (7)– de irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables e imprevisibles, dotado este de rasgos propios y distinto del «principio» –en realidad, regla (8)– de irretroactividad de la ley penal desfavorable, tanto en sus implicaciones como en su alcance. En definitiva, este trabajo pretende abordar una de las cuestiones fundamentales del Derecho penal, tratando de plantear una posible solución a esta incesante discusión.

Para abordar esta cuestión, el trabajo presenta una estructura dialéctica: en primer lugar, se presentan una serie de ejemplos con el ánimo de ilustrar la relevancia práctica de esta problemática, así como un resumen del estado de la cuestión; a continuación, a través de una sistematización propia, se analizan los principales argumentos que suelen esgrimirse en contra de reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia, con el propósito de dialogar con ellos críticamente y, así, finalmente, mostrar que la postura más adecuada es aquella que admite la irretroactividad en determinados supuestos; por último, se propone una configuración concreta del «principio de irretroactividad de la jurisprudencia» que aquí se defiende.

II. CASOS PROBLEMÁTICOS: DESDE LA MITAD DEL SIGLO XX HASTA NUESTROS DÍAS

En la jurisprudencia nacional e internacional de las últimas décadas podemos encontrar una pluralidad de casos en los que los tribuna-

(6) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional),* Civitas, Madrid, 2002, pp. 192-193.

(7) Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 87.

(8) Silva Sánchez, J. M., *Derecho penal. Parte General,* Civitas, Madrid, 2025, p. 335, 4/38.

les han modificado su interpretación sobre una ley penal, sustituyéndola por otra, nueva, menos favorable para el reo. Estos cambios interpretativos, desfavorables, han llevado a que conductas antes consideradas penalmente lícitas pasaran a ser típicas sin que existiera un cambio legal, únicamente a través de un cambio en la interpretación jurisprudencial de una misma disposición. A continuación, y con el objetivo de aproximarnos a la hipótesis que aquí se quiere plantear, se expondrán diversos ejemplos de la jurisprudencia penal, pasada y reciente, en los que se han producido cambios interpretativos, y que han resultado en una sanción sorpresiva para los justiciables implicados.

En primer lugar, la discusión sobre la irretroactividad de la jurisprudencia comenzó a tener cierto alcance a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 9 de diciembre de 1966 (9), en la que este Tribunal rebajó de 1,5 gr/l a 1,3 gr/l el mínimo de alcohol en sangre requerido para estimar la absoluta incapacidad de conducción de un vehículo a motor –y, en consecuencia, para considerar típica dicha conducta– (10). Así, conducir con un nivel de alcohol en sangre de 1,4 gr/l comenzó a ser considerada una conducta típica en virtud de un cambio jurisprudencial, no legal, que se aplicó retroactivamente. Esta situación se reprodujo en idénticos términos en Alemania en la década de 1990 (11), reviviendo muy animadamente la referida discusión, sólo que en esta ocasión se rebajó la cantidad requerida de 1,3 gr/l a 1,1 gr/l (12).

También en España, durante los años noventa, se sucedieron varios casos en los que la retroactividad de la jurisprudencia jugó un papel fundamental. Así, en materia de delitos contra la salud pública, aunque el Código Penal distinguía entre sustancias «duras» y «blandas», no especificaba cuáles integraban cada categoría, lo que exigió una intensa labor interpretativa por parte de los tribunales (13). En este contexto, algunas sustancias inicialmente consideradas «blandas», como la buprenorfina (14) o el éxtasis, pasaron a ser clasificadas como

(9) BGH, 09.12.1966, 4 StR 119/66.

(10) Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo,* UV, Valencia, 1982, p. 9.

(11) Roxin, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 165.

(12) BGH, 28.06.1990, 4 StR 297/90.

(13) Herrero Álvarez, S., «Tratamiento legal de la MDMA y otras drogas psicoestimulantes en el nuevo Código Penal español de 1995», en Bobes García, J., y Lorenzo Fernández, P. (aa.): *Éxtasis (MDMA): un abordaje comprehensivo,* Masson, 1997, p. 8.

(14) STS 2788/1992, de 24 de diciembre, FD 4.

«duras» (15), aumentando significativamente las penas aplicables. Este cambio jurisprudencial, que fue aplicado retroactivamente, dio lugar a que conductas que, en el momento de su comisión, encajaban en la categoría menos grave, finalmente quedasen sometidas a un marco punitivo mucho más severo que aquel que se encontraba vigente en el momento de su comisión.

Más recientemente, especialmente problemática fue en nuestro país, por todos conocida, la doctrina Parot (16), que supuso un giro jurisprudencial desfavorable aplicado retroactivamente por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo –y confirmado posteriormente por el Tribunal Constitucional–, y que conllevó la condena a España por parte del TEDH, al entender que se había vulnerado el principio de legalidad penal europeo (art. 7 CEDH) por aplicar retroactivamente el «Derecho» penal desfavorable (17). También, en el año 2015, a través del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 20 de enero, la Sala Segunda del Tribunal Supremo modificó su jurisprudencia anterior en materia de concursos, estableciendo que los ataques dolosos dirigidos contra la vida de varias personas, se haya o no producido el resultado, no deben ser tratados como un concurso ideal de delitos, como hasta el momento venía entendiendo, sino como un concurso real, dando lugar, en la mayoría de los casos, a la imposición de una pena más elevada que la que hasta entonces se venía aplicando (18).

---

(15) Por todas, STS 1817/1993, de 14 de julio, en el caso de la buprenorfina y STS de 24 de julio de 1991, (rec. 4672/1989), en el caso del éxtasis.

(16) La doctrina Parot consistió en un cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo (STS 197/2006, de 28 de febrero) que modificó el modo de aplicación de los beneficios penitenciarios, ordenando su cómputo sobre cada una de las penas impuestas y no sobre el límite máximo de cumplimiento (de condena), tal y como venía haciendo la jurisprudencia de manera uniforme hasta ese momento.

(17) STEDH Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, par. 116.

(18) En el concurso ideal (art. 77 CP), cuando una sola conducta constituye dos o más delitos, se impone la pena del delito más grave en su mitad superior, pudiendo aumentar hasta la superior en grado. En el concurso real (art. 73 CP), cuando se cometen varios delitos mediante conductas distintas, se suman las penas de cada uno de ellos, respetando los límites máximos de cumplimiento establecidos en el artículo 76 CP. En consecuencia, de tratarse de dos delitos de homicidio del tipo básico del artículo 138 CP, consumado y doloso, la pena de prisión pasaría de un marco de entre doce años y medio y quince años, a una pena de veinte años, un cambio nada desdeñable. Sobre esta cuestión, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Jurisprudencial penal…, *op. cit*., p. 118; PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones» en El mismo, y Pozuelo Pérez, L. (dirs.): *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, AEBOE, Madrid, 2024, p. 290.

Finalmente, a nivel internacional, la Stedh C. R. c. Reino Unido analizó un caso en el que los tribunales ingleses incorporaron un cambio jurisprudencial desfavorable, aplicado retroactivamente, relativo a unos hechos constitutivos del delito de violación que tuvieron lugar en el seno del matrimonio (19). En el momento de la comisión de los hechos, la jurisprudencia inglesa venía entendiendo que el matrimonio ya suponía la prestación de consentimiento sexual y, en consecuencia, que no podía darse un delito de violación entre los cónyuges. No obstante, es cierto que, pese a que aquella era la doctrina dominante, ya existían contados precedentes que constituían una excepción a esta premisa de impunidad, sobre todo cuando se daba una separación de hecho o de derecho entre los cónyuges (20). En este contexto, los tribunales ingleses, con el ánimo de adaptar su jurisprudencia a la realidad social (21), modificaron su criterio interpretativo en materia de agresiones sexuales en el matrimonio, entendiendo que tal conducta sí podía ser constitutiva de un delito, condenando así al acusado mediante la aplicación de esta nueva jurisprudencia desfavorable. En este caso, el TEDH no consideró vulnerado el principio de legalidad y avaló este cambio jurisprudencial, pese a ser desfavorable y retroactivo, al no considerarlo imprevisible, pues existían excepciones anteriores que venían anticipando este giro interpretativo (22).

En definitiva, todos estos ejemplos ponen de manifiesto, al menos, tres ideas relevantes para la postura que aquí se va a sostener: en primer lugar, que la problemática relativa a la irretroactividad de la jurisprudencia no es una cuestión del pasado ni está resuelta, sino que, por el contrario, se trata de un debate plenamente vigente que periódicamente vuelve a plantearse, y se torna esencial tratar de configurar un tratamiento adecuado para esta cuestión; en segundo lugar, que para cada ley existen, al menos, dos interpretaciones constitucionalmente posibles; y, por último, en tercer lugar, que la jurisprudencia desem-

(19) Stedh C. R. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995.

(20) *Ibidem*, par. 41.

(21) *Ibidem*, par. 38: «Dado el reconocimiento de la igualdad de las mujeres con los hombres tanto dentro como fuera del matrimonio, así como de su autonomía sobre sus propios cuerpos, la adaptación de los elementos constitutivos del delito de violación era razonablemente previsible para el demandante, con el asesoramiento jurídico adecuado. No fue condenado por una conducta que no constituyera una infracción penal en el momento en que se cometió» (trad.). En idénticos términos (aunque ante un supuesto de hecho ligeramente distinto) se pronuncia el Tribunal en la Stedh S. W. c. Reino Unido, también de 22 de noviembre de 1995.

(22) Algunos autores consideran que esta decisión puede verse influida por tratarse de un delito *mala in se* (*vid.* Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit.,* p. 266; Silva Sánchez, J. M., *Derecho penal*…, *op. cit.,* p. 215 2/87).

peña un papel esencial en la determinación última tanto de la conducta punible como de la pena aplicable.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA NECESARIA INTEGRACIÓN DE DOS CULTURAS POR PARTE DEL TEDH

Ante la problemática aquí planteada, pueden identificarse dos posiciones claramente diferenciadas: por un lado, quienes entienden que la jurisprudencia puede ser irretroactiva en determinados supuestos; y, por otro, quienes niegan esta posibilidad. Aunque el debate ha sido intenso y, durante años, ambas posturas se han visto fuertemente enfrentadas, puede afirmarse que, en la última década, una parte significativa de la doctrina se ha inclinado a favor de reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia (23). Con todo, entre los defensores de la

(23) Expresamente a favor de la irretroactividad de la jurisprudencia: Alcácer Guirao, R., «La "Doctrina Parot" ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (Stedh 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 43, Madrid, 2012, p. 945; Bacigalupo, E., «Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal» en Montiel, J. P. (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?,* Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 74; el constitucionalista Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.*, p. 186; Huerta Tocildo, S., «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal» en Pérez Moneo, M., y García Roca, F. J., y Santolaya Machetti, P. (coords.): *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.ª ed., Madrid, 2014, p. 417; Kuhlen, L., «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía» en Montiel, J. P. (ed.): *La crisis del principio de legalidad*…, *op. cit.,* p. 165, quien incluso considera que debería reconocerse un mandato de determinación de la jurisprudencia; Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…, *op. cit.,* p. 129; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit.,* p. 281; Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad*…, *op. cit.,* p. 30; Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXIV, 2003, p. 566; Ruiz Antón, L. F., «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia», en *Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura,* Cáceres, 1989, p. 166. Aunque no lo dicen expresamente, también parecen identificarse con esta posición: García Pérez, O., «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», en *InDret*, Barcelona, 2018, p. 37, al entender que la jurisprudencia, en cierta medida, debe ser considerada fuente de Derecho (aunque distinta de aquella creación legal de Derecho) y Montiel, J. P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», en *InDret*, Barcelona, 2017, p. 14, al reconocer las competencias marginales del Poder Judicial.

postura contraria –los denominados «retroactivistas» (24)– se encuentran autores de gran relevancia en el Derecho penal alemán y español (25), cuyas objeciones son de calado y entidad suficiente como para mantener viva la discusión.

A mi juicio, este creciente apoyo a las tesis de la irretroactividad se debe, en parte, a las características actuales de la técnica legislativa y de la política criminal, marcadas por una crisis del principio de legalidad penal (26) y por la expansión del Derecho penal económico (27), cuya técnica legislativa –caracterizada por un mayor uso de conceptos vagos y abstractos (28), leyes penales en blanco y numerosos elementos normativos (29)– reduce el grado de concreción de las disposiciones penales y otorga al intérprete un margen de discrecionalidad

(24) Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…, *op. cit.*, p. 120.

(25) Expresamente en contra de la irretroactividad de la jurisprudencia se posicionan, en la doctrina alemana, entre otros, Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* Marcial Pons, 2.ª ed., 1997, p. 127; Roxin, C., *Derecho penal…, op. cit.,* p. 166; Schünemann, B., *Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, De Gruyter, 1978, p. 28. Por otro lado, en la doctrina española, entre otros, Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», en *Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, 1993, p. 225; Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito,* Dykinson, 3.ª ed., Madrid, 2002, p. 184; más recientemente, García Amado, J. A., «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en Pérez Manzano, M., y Lascuráin Sánchez, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 324, sosteniendo que no hay nada «en la naturaleza de las cosas» que mande la irretroactividad de la jurisprudencia.

(26) Montiel, J. P., «Introducción» en El Mismo (ed.): *La crisis del principio de legalidad…*, *op. cit.*, p. 27: «[L]a legalidad es puesta en tela de juicio [ante] el abusivo recurso a la ley penal, en la búsqueda de soluciones a los más variopintos problemas sociales. La ley penal pasa a ser la primera herramienta a la que acude el estado para garantizar la seguridad ciudadana, la sustentabilidad del medio ambiente y hasta para prevenir riesgos financieros, abusando así de la alta carga simbólica que tiene el Derecho penal. En este sentido, brilla por su ausencia un debate político profundo sobre los medios de lucha contra la criminalidad y su concreta eficiencia, y se acaba haciendo frente a los flagelos sociales a punta de tipificación de nuevas conductas o degradaciones de pena».

(27) Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales,* BdeF, 3.ª ed., Madrid, 2011, pp. 83 y ss.

(28) Bacigalupo, E., «Sobre la justicia y la seguridad jurídica…», *op. cit.*, p. 69.

(29) Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, 6.ª ed., Valencia, 2022, pp. 312 y ss.

especialmente amplio (30). Debe recordarse que la seguridad jurídica es el fundamento indiscutido de la irretroactividad desfavorable y, en este sentido, cuanto menor es el cumplimiento del mandato de determinación por parte del legislador, más difícil es el cumplimiento del deber de sujeción del juez penal a la ley, y más tensiones y obstáculos se le presentan a la seguridad jurídica. Así, tal vez, en la actualidad, resulte cada vez más difícil negar el papel que la jurisprudencia juega en la determinación última de la conducta sancionada y de la pena impuesta, debiendo reconocerse su función cuasilegislativa, lo que ha podido llevar a muchos autores, por imperativas razones de seguridad jurídica, a inclinarse por la irretroactividad de la jurisprudencia.

Para comprender el estado de la cuestión, desde un punto de vista interdisciplinar, especialmente relevante se muestra la STS 1648/2024 de 18 de octubre, de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo que, en materia de derecho sancionador, rechaza expresamente la posibilidad de aplicar criterios jurisprudenciales sobrevenidos que resulten imprevisibles y desfavorables para los interesados (31). Más aún, en esta materia resulta imprescindible acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, muy especialmente, a su Stedh del Río Prada c. España de 21 de octubre de 2013 (Gran Sala), en la que se expresa de manera inequívoca que lo irretroactivo

(30) No es menos cierto que la denuncia de una cierta crisis del principio de legalidad y, en particular, de una falta de determinación y precisión en la ley penal, se viene anunciando ya desde finales del siglo pasado. En este sentido, Welzel, H., *Derecho penal alemán. Parte General,* Jurídica de Chile, 11.ª ed., 1970, p. 40, § 5 II 3: «¡El verdadero peligro que amenaza al principio *nullum poena sine lege* no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!»; Roxin, C., *Derecho penal…*, *op. cit.*, p. 170. No obstante, es innegable que la problemática se ha incrementado y que, especialmente en el ámbito del Derecho penal económico, la jurisprudencia desarrolla una labor interpretativa que resulta determinante en la aplicación de la ley penal. Por poner solo un ejemplo, en relación con las falsedades ideológicas cometidas por particulares, el Tribunal Supremo ha mantenido prácticamente hasta la actualidad dos líneas interpretativas contradictorias. En la primera de ellas, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la emisión de facturas falsas es constitutiva de un delito del artículo 392 CP en relación con el artículo 390.1 CP (STS de 28 de octubre de 1997 (Rec. 880/1991), denominada «doctrina Filesa»); por otro lado, una lectura más bien minoritaria, pero que viene abriéndose paso sobre todo durante los últimos años, entiende que tal conducta sería atípica (STS de 26 de febrero de 1998 (Rec. 1348/1997), caso «Argentia Trust»). Este ejemplo ilustra que, efectivamente, son los tribunales quienes van a decidir, sobre un mismo enunciado legal, si una misma conducta es o no típica. Para el ciudadano, esto se traduce en que no sabe cómo actuará el Tribunal en su caso concreto. Sobre ello, *vid.* Peñaranda Ramos, E., «Falsedades documentales», en Molina Fernández, F. (coord.): *Memento penal,* Francis Lefebvre, 2025, par. 16169.

(31) STS 1648/2024, de 18 de octubre, FD 4. Sobre ello, *vid.* Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…», *op. cit.*, p. 114.

debe ser no solo la «ley», sino el «Derecho» penal desfavorable e imprevisible. En este sentido, debe señalarse que el principio de legalidad penal en el ámbito del Consejo de Europa se configura de manera sustancialmente distinta a la que es tradicional en los países continentales, entre otras razones, probablemente debido a su necesidad de integrar países de muy distinta tradición jurídica (*civil law* y *common law*) (32). Así, la jurisprudencia del TEDH ha sido constante a la hora de entender que «Al hablar de "ley", el artículo 7 alude al mismo concepto que utiliza el Convenio en otros contextos al emplear ese término: un concepto que abarca tanto el derecho legislado como la jurisprudencia. […] En este sentido, el Tribunal ha entendido siempre el término "ley" en su sentido material, no en el formal […] *En definitiva, la "ley" es la norma vigente tal y como ha sido interpretada por los tribunales competentes*» (33). De esta manera, para el Tribunal, lo irretroactivo no es la ley en sentido estricto –esto es, la norma escrita, publicada y promulgada por el Poder Legislativo–, sino el Derecho, entendido no solo como el texto legal, sino como el resultado de la ley una vez esta es interpretada y aplicada. Concretamente, en el caso del Río Prada c. España, el Tribunal fue claro: «[El] "Derecho", en el sentido material que tiene este término en el Convenio y que incluye también el derecho no escrito o jurisprudencial, había sido aplicado de manera constante por las autoridades penitenciarias o judiciales a lo largo de numerosos años, hasta el giro jurisprudencial efectuado por la "doctrina Parot". […] A este respecto, si el Tribunal admite que los Gobiernos tienen libertad para modificar su política criminal […] no es menos cierto que deben respetar al hacerlo las reglas establecidas en el artículo 7 […]. Sobre este punto, el Tribunal recuerda que el artículo 7 del Convenio prohíbe de forma absoluta la aplicación retroactiva del *Derecho penal* cuando resulte desfavorable para el interesado» (34). En definitiva, el Tribunal considera que lo irretroactivo no es la «ley» penal desfavorable, sino el «Derecho».

En este contexto, debe recordarse que el artículo 10.2 CE exige que la interpretación de los derechos fundamentales se lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el CEDH y por la doctrina del TEDH, lo cual comporta que, para respetar las decisiones del Consejo de Europa sobre legalidad penal, los tribunales españoles deben admitir que la irretroactividad desfavorable no se limita sólo a la ley escrita.

(32) Huerta Tocildo, «El contenido debilitado…», *op. cit*., p. 403.

(33) Por todas, Stedh (Gran Sala) Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, par. 139. Cursiva añadida.

(34) Stedh Del Río Prada c. España de 21 de octubre de 2013, par. 115 y 116. Cursiva añadida.

La cuestión es, entonces, cómo integrar esta garantía respecto de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin vulnerar nuestro sistema constitucional y nuestra tradicional configuración del principio de legalidad penal (35).

IV. SISTEMATIZACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

A continuación, en primer lugar, se van a mostrar los argumentos contrarios a reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia; en segundo lugar, se van a presentar los argumentos partidarios de reconocer dicha irretroactividad, con el objetivo de exponer así la postura que aquí se adopta, dialogando con los argumentos contrarios y mostrando que existen buenas y suficientes razones para admitir la irretroactividad jurisprudencial en determinados supuestos. Para facilitar la compleja labor argumentativa que caracteriza esta problemática, se ha elaborado una sistematización de los argumentos habitualmente

(35) Aunque el concepto autónomo de ley que elabora el TEDH –integrando legislación y jurisprudencia– podría parecer más garantista que el principio de legalidad continental, lo cierto es que el modelo europeo presenta una deficiencia fundamental: el Tribunal no fija criterios o parámetros uniformes para determinar cuándo se entiende que un cambio jurisprudencial es imprevisible, sino que lleva a cabo un análisis casuístico, apreciando la previsibilidad caso por caso, y, por ende, generando resultados inciertos en función de las circunstancias concretas de cada escenario, lo que podría llamarse la «previsibilidad de Schrödinger»: el Derecho es a la vez previsible e imprevisible hasta que el Tribunal se pronuncia al respecto. El tribunal, con esta flexibilidad, busca evitar que prácticas gravemente atentatorias contra la dignidad humana queden amparadas por el Convenio (así, por ejemplo, en la ya mencionada STEDH C. R. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, el Tribunal refrendó la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial desfavorable pese a que este pudiere parecer imprevisible, pues la opción contraria habría implicado reconocer la licitud de las agresiones sexuales en el matrimonio). No obstante, en ese ánimo de hacer justicia, el Tribunal también asume un coste, pues termina sacrificando la seguridad jurídica, olvidando que un sistema de justicia, si no cumple debidamente con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, es un sistema injusto. Así, guiarse «exclusivamente» por las nociones de justicia material, sin tener en cuenta la importancia de otro tipo de valores, como el de la seguridad jurídica, es un riesgo para el ordenamiento y para el cumplimiento de todos los derechos fundamentales. Por ello, resulta preciso dar una respuesta concreta, segura y estable acerca de cuándo la interpretación es imprevisible y, por tanto, queda amparada por la prohibición de retroactividad. En consecuencia, trasladar exactamente el modelo europeo a nuestro ordenamiento no es la solución óptima, sino que es preciso configurar un sistema más seguro y estable que el del Consejo de Europa (en sentido similar, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal» en Pérez Manzano, M., y Lascuráin Sánchez, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel*…, *op. cit.*, p. 143).

esgrimidos en favor de una y otra postura, de tal manera que se permita su agrupación en tres grandes categorías: en primer lugar, argumentos relativos al concepto de «norma»; en segundo lugar, argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal y de la garantía de irretroactividad; y, por último, argumentos de carácter constitucional (36).

4.1 **Argumentos en contra de la irretroactividad de la jurisprudencia**

4.1.1 Argumentos basados en el concepto de norma

El concepto de «norma» no cuenta con una definición pacífica en la doctrina, sino que viene precedido por una larga y compleja discusión jurídico-filosófica; a este respecto, un sector de la doctrina, desde la filosofía analítica (37), distingue entre enunciado normativo y norma: el primero alude a la expresión lingüística contenida en el texto legal, mientras que la segunda se identifica con el significado atribuido a ese enunciado mediante la interpretación judicial. Así, la norma recoge el contenido significativo fijado por el intérprete –el juez–, mientras que el enunciado es únicamente la formulación lingüística elaborada por el legislador, cuyo sentido todavía debe ser determinado (38). En cambio, otro sector de la doctrina entiende que no cabe apreciar ninguna distinción entre enunciado normativo y norma, sosteniendo que la «norma penal» viene configurada únicamente por la ley, esto es, por el texto o enunciado promulgado por el legislador, el cual contiene ya todos los significados posibles que la ley puede albergar. En este sentido se ha pronunciado Roxin al señalar que «[s]i el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable

(36) Dentro de esta categorización, cabría diferenciar, a su vez, aquellos argumentos basados, fundamentalmente, en razones de «deber ser», esto es, si la jurisprudencia debería o no ser irretroactiva atendiendo a razones jurídico-filosóficas; y aquellos que aducen razones de «poder ser», esto es, si, dado nuestro ordenamiento jurídico y, sobre todo, considerando nuestras normas constitucionales, es posible reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia, es decir, si la Constitución permitiría una configuración de tales características o no. En este sentido, las dos primeras categorías de argumentos responden a razones de deber ser, mientras que la última responde a la cuestión del poder ser. *Vid.* Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…», *op. cit.,* p. 129.

(37) Cid Moline, J., y Moreso Mateos, J. J., «Derecho Penal y filosofía analítica», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 44, fasc./mes 1, 1992, pp. 149 y ss.

(38) Sobre ello, Llobet Anglí, «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit*., p. 262.

para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, *que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida*» (39). Así, desde esta postura, la interpretación judicial en ningún caso «crea» Derecho, sino que, por el contrario, es la ley la que ofrece y muestra todos sus significados posibles y, de esta manera, siempre que la decisión judicial se limite a elegir, de entre todos ellos, el más ajustado a Derecho, no habrá ningún problema de previsibilidad de la sanción, pues la interpretación seleccionada «ya» se encontraba en la propia norma, siendo reconocible por todos los ciudadanos. Por todo ello, la decisión del juez a la hora de optar por una u otra interpretación es de carácter meramente declarativo, y no constitutivo. Con base en este último razonamiento, cabría entender que toda interpretación razonable es previsible, al encontrarse ya recogida en el texto legal. De aceptarse esta configuración, no existiría razón alguna para negar la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable, pues esta no dirá nunca nada que no se encontrase ya en la ley, de modo que, por lo que respecta a la previsibilidad de la sanción, es suficiente con que la garantía de irretroactividad rija sobre la ley penal.

Debe señalarse que quienes parten de este concepto de norma y asumen este planteamiento reconocen la posibilidad de que, en ocasiones, se produzcan giros jurisprudenciales desfavorables que resulten inesperados y, con ello, se den ciertos problemas de previsibilidad en la sanción; sin embargo, estos autores consideran que, en estos casos, la solución no pasa por extender la garantía de irretroactividad a la jurisprudencia desfavorable, sino por la aplicación del error de prohibición (40).

En definitiva, desde esta concepción de norma, dos son las consecuencias que se siguen. En primer lugar, los cambios jurisprudenciales desfavorables no plantean especiales problemas de imprevisibilidad, pues la ley ya incluye todos los posibles significados (razonables), y el intérprete –el juez– lo único que hace es seleccionar uno que «ya» se encontraba en ella, de manera que, siempre que la interpretación sea razonable, será previsible. En segundo lugar, en aquellos –pocos–

(39) Roxin, C., *Derecho penal*…, *op. cit.,* pp. 165-166, cursiva añadida. De esta opinión, en la doctrina española, Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad…», *op. cit.,* p. 8.

(40) Jakobs, G., *Derecho Penal*…, *op. cit.,* p. 93; Roxin, C., *Derecho penal*…, *op. cit*., p. 163; Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad…», *op. cit*., p. 251.

casos en los que se dé un verdadero problema de previsibilidad, la figura adecuada para su solución será el error de prohibición.

4.1.2 Argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal

La garantía de irretroactividad es uno de los contenidos esenciales del principio de legalidad penal (41), el cual posee un doble fundamento: la seguridad jurídica y el valor democrático, comprendido este último desde el principio de separación de poderes (42). Si bien se ha sostenido que la seguridad jurídica es el fundamento indiscutido de la irretroactividad desfavorable en el Derecho penal (43), el valor democrático plantea especiales tensiones en materia de irretroactividad de la jurisprudencia, siendo este uno de los principales argumentos de los «retroactivistas» (44). Concretamente, estos autores entienden que extender la garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable a la jurisprudencia supondría una vulneración del principio de separación de poderes, puesto que este planteamiento implicaría reconocer que la jurisprudencia cumple una función cuasilegislativa y supondría, en cierta medida, equiparar ley y jurisprudencia. Es decir, toda vez que la necesidad de reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia parte de la idea de que esta contribuye a codeterminar el ámbito de lo prohibido, reconociendo la existencia de una cierta «creación judi-

(41) Es más, en tanto que su formulación original se atribuye a Feuerbach y el mismo seguía una teoría de la pena esencialmente preventiva, consideraba que el primero de los contenidos fundamentales del principio de legalidad penal era la exigencia de *lex praevia*, tanto así que el principio de legalidad, en su formulación original, era entendido como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y solo posteriormente se configuró como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa* (*vid.* Bacigalupo, E., «Sobre la justicia y la seguridad… *op. cit.,* p. 58). La garantía de irretroactividad es, además, la expresión a través de la cual se describe el principio de legalidad en el Derecho positivo nacional e internacional (arts. 9.3 y 25.1 CE y 7.1 CEDH), lo que ha llevado a algunos autores a considerarlo el contenido más representativo e indiscutido del principio de legalidad penal (*Vid.* Lascuraín Sánchez, J. A., «¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Un dilema», en *Almacén de Derecho*, 2023; Huerta Tocildo, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 39, 1993, pp. 83-84).

(42) Así lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2) y la doctrina (por todos, Lascuraín Sánchez, J. A., *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional,* Aranzadi, 2009, pp. 36-37 y Huerta Tocildo, S., «El contenido debilitado del principio…», *op. cit.,* p. 401).

(43) Huerta Tocildo, S., «El derecho fundamental…», *op. cit*., p. 97.

(44) Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…», *op. cit*., pp. 128-129.

cial» del Derecho, aceptar este enfoque supondría concederle al juzgador potestades propias del legislador –como es, precisamente, la de configurar los delitos y sus penas–, siendo solo este último el que goza de la soberanía popular requerida para ello (45), vulnerando así el valor democrático fundamentador del principio de legalidad penal.

4.1.3 Argumentos de carácter constitucional

Para negar la irretroactividad de la jurisprudencia también se han aducido razones de Derecho positivo, concretamente, se acude al artículo 117.1 CE, el cual dispone que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, deben ser independientes, quedando sometidos únicamente al «imperio de la ley». En este sentido, el reconocimiento de la irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable implicaría que, en el caso de que un juez quisiera apartarse de la interpretación hasta ahora mantenida sobre un precepto penal –adoptando una nueva interpretación más perjudicial para el reo–, no podría aplicar «su» nuevo criterio para el caso concreto, sino que se vería limitado y sujeto a la interpretación –más favorable– que hasta ahora venían sosteniendo «otros» jueces (46). En otras palabras, si los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley, no pueden quedar sometidos también al «imperio de la jurisprudencia». En el mismo sentido, se sostiene que el reconocimiento de la irretroactividad de la jurisprudencia alteraría el sistema jerárquico de los órganos jurisdiccionales, puesto que, si un tribunal inferior viene siguiendo de manera estable y consolidada un criterio interpretativo, el superior jerárquico no podrá cambiar de criterio desfavorablemente de manera retroactiva, sino que se verá limitado por el tribunal inferior (47).

Además, quienes rechazan la irretroactividad de la jurisprudencia nos recuerdan que la misma es esencialmente retrospectiva, esto es, se caracteriza precisamente por el enjuiciamiento de hechos ya acaecidos (48). Por definición, la jurisprudencia aplica la ley a casos ya

(45) En palabras de Jakobs, G., *Derecho Penal…*, *op. cit.,* p. 127: «un poder judicial que estuviera sujeto [a la prohibición de retroactividad], como el poder legislativo, también juzgaría como si promulgase leyes».

(46) Así, Madrid Conesa, *El principio de irretroactividad…*, *op. cit*., p. 18. Exponen este argumento también, aunque no lo comparten, Vidales Rodríguez, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 71; Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de…», *op. cit.,* p. 370.

(47) Sobre ello, García Amado, «Sobre el principio de legalidad penal…», *op. cit*., p. 325.

(48) García Pérez, O., «El principio de legalidad y el valor…», *op. cit.*, p. 16; Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de…», *op. cit.*, p. 370; Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad…», *op. cit.*, p. 248.

acontecidos, seleccionando la mejor interpretación posible para el caso concreto una vez este ya ha tenido lugar. De este modo, considerarla irretroactiva implicaría negar una de sus cualidades esenciales, desnaturalizándola, de lo cual se derivarían tres consecuencias insoportables. En primer lugar, supondría una paralización o «fosilización» de su evolución: dado que los jueces no podrían incorporar cambios jurisprudenciales desfavorables, la jurisprudencia quedaría estancada, y solo podría evolucionar en una dirección –hacia interpretaciones más favorables–, lo que le impediría cumplir correctamente con una de sus funciones principales, a saber, permitir que el texto legal se adapte a la realidad social (49). En segundo lugar, también daría lugar a que los jueces pudieran verse «tentados» a adoptar inicialmente interpretaciones más duras o restrictivas de derechos fundamentales, pues el cambio en sentido favorable siempre sería posible en un momento posterior (50). En tercer y último lugar, estos entienden que identificar al juez como una suerte de «normador sucesivo» supondría un cierto abandono por parte del legislador de sus funciones, que terminaría delegando en los jueces la tarea de concretar el contenido de las normas penales (51).

4.2 **Argumentos a favor de la irretroactividad de la jurisprudencia: toma de postura**

A continuación, se van a exponer los argumentos en los que se apoya la postura aquí defendida, esto es, la posibilidad de formular un principio de irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables, tratando de enfrentar y solventar todos aquellos problemas que se le presentan a esta postura, derivados de los argumentos hasta ahora expuestos, propios de las teorías retroactivistas.

4.2.1 Argumentos basados en el concepto de norma: un enunciado normativo con significado propio

En materia de interpretación, frente a la postura antes expuesta, en este trabajo se comparte la necesidad de distinguir norma y enunciado

(49) Sobre ello, Vidales Rodríguez, C., *La eficacia retroactiva*…, *op. cit*., p. 92; Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal*…, *op. cit*., p. 151; García Pérez, O., «El principio de legalidad y el valor…, *op. cit*., p. 16; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit.,* p. 258.

(50) Sobre ello, Lascuraín Sánchez, J. A., «¿Debe ser irretroactiva…», *op. cit.*

(51) *Ibidem.*; Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de…», *op. cit.*, p. 356.

normativo (52), pues considero innegable la diferencia sustancial que se da entre el texto legal promulgado por el legislador y el Derecho que finalmente resulta de aplicación. Así, durante el proceso de adjudicación del Derecho, el texto legal promulgado por el legislador se transforma y adquiere una nueva dimensión –un nuevo significado, si se quiere–, dado que su alcance y significado se concretan a través de la interpretación judicial (53). A este respecto, considero cierto que el enunciado normativo (la ley) y la norma (esto es, la ley una vez interpretada) son (o, al menos, pueden ser) sustancialmente distintos. Un claro ejemplo para comprender mejor esta postura la ofrece el concepto de «notoria importancia» empleado en el artículo 369.1.5.ª CP: la utilización de una expresión tan abierta o indeterminada requiere de una ulterior precisión por parte del intérprete judicial, que será quien finalmente concrete el alcance y significado de la ley. Precisamente por ello, en lo que al ciudadano respecta, lo que le será relevante para determinar la previsibilidad de la sanción finalmente impuesta es el resultado final del proceso de adjudicación judicial de Derecho (54), esto es, la norma penal en su conjunto (el enunciado normativo una vez dotado de contenido significativo concretado) (55). En consecuencia, por razones de previsibilidad y seguridad jurídica, lo irretroactivo debe ser la norma penal en su conjunto, y no sólo la expresión lingüística plasmada en el texto legal.

Ahora bien, considero oportuno distanciarme parcialmente de lo sostenido por la filosofía analítica, pues, si bien estos autores reconocen que la ley no tiene un único, claro e inequívoco significado (sino que un enunciado normativo puede contener muchos sentidos posibles), no comparto la idea de que el texto carezca de significado hasta su interpretación. En este sentido, considero que «interpretar es siempre interpretar algo que preexiste a la interpretación, que está ahí, es

(52) Hay autores que utilizan una terminología distinta, si bien en referencia a la misma idea: Donini, M., «Jueces y democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios», en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional,* núm. 19, 2007, p. 170, distingue entre disposición y norma, al igual que Guastini, R., «Interpretación y construcción jurídica», en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho,* núm. 43, 2015, p. 13; por su parte, Laporta san Miguel, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual,* Trotta, 2007, p. 178 habla de formulación normativa y norma.

(53) Laporta san Miguel,, F. J., «La doctrina Parot y la teoría del Derecho», en Pérez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (dirs): *La tutela multinivel*…, *op. cit*., pp. 336-337; García Amado, J. A., «Sobre el principio de legalidad penal…, *op. cit*., pp. 323-324; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit*., p. 275; Vidales Rodríguez, C., *La eficacia retroactiva*…, *op. cit*., p. 68.

(54) Laporta san Miguel, F. J., *El imperio de la ley*…, *op. cit.,* p. 169.

(55) Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad*…, *op. cit*., p. 13.

captado y a lo que la interpretación ha de ser fiel» (56). Así, el tenor literal de la ley es a la vez el punto de partida y el límite a la interpretación judicial. Las palabras tienen un significado comúnmente reconocido por un número considerable de miembros dentro de una comunidad de hablantes, y ese significado, que existe antes de cualquier interpretación (57), es el que establece los límites interpretativos y al que la interpretación debe ser fiel, si es que se quiere salvaguardar el imperio de la ley (pues de producirse un hiato insalvable entre el enunciado normativo y el enunciado interpretado, todo el edificio conceptual que mantiene la noción de «imperio de la ley» se desmoronaría) (58). Así, aunque comparto la premisa de que existe una diferencia entre norma y enunciado normativo, no considero que este último sea sólo una expresión lingüística vacía de contenido, sino que el enunciado, desde su promulgación, ya encierra un significado propio que debe ser tenido en cuenta y que constituye un límite infranqueable en la interpretación de los tipos penales (59).

En definitiva, considero que sí existe una creación judicial de Derecho, pues entre todos los significados posibles, el intérprete, al seleccionar uno, no lleva a cabo una decisión meramente declarativa de Derecho, sino constitutiva: dota al texto legal de una nueva dimensión, de un nuevo significado concretado y explicitado. Es decir, en un sentido débil, «crea» una «nueva» norma (60), la cual, por imperiosas razones de seguridad jurídica, debe quedar cubierta por la garantía de irretroactividad desfavorable.

Por último, en relación con la posibilidad de acudir al error de prohibición frente a cambios jurisprudenciales desfavorables, considero que esta solución parte de un error conceptual, pues no se trata de un caso en el que el ciudadano «no pudiese saber» que su conducta estaba prohibida, sino que su conducta «no estaba prohibida» (61); en otras palabras, se trata de un problema de previsibilidad de la sanción,

---

(56) Laporta san Miguel, F. J., *El imperio de la ley*…, *op. cit*., p. 175.

(57) *Ibidem*, p. 185.

(58) *Ibidem*, p. 179.

(59) En consecuencia, no debe ser posible desligarse del tenor literal de la ley, ni friccionar la literalidad del enunciado, aunque ello se lleve a cabo con el objetivo de lograr una interpretación «más justa» para el caso concreto. Defendiendo la posibilidad de una cierta fricción de la literalidad penal, en aras de obtener ganancias en términos de justicia material, Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 158; Silva Sánchez, J. M., «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal» en Díaz y García Conlledo, M., y García Amado, J. A. (eds.): *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 368.

(60) Laporta san Miguel, F. J., «La doctrina Parot…», *op. cit*., p. 336.

(61) Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit.,* p. 271.

y no de culpabilidad del sujeto (62). En cualquier caso, aun admitiendo que esta fuera una solución válida, el problema persistiría cuando el cambio jurisprudencial desfavorable no recayera sobre la conducta prohibida, sino sobre la sanción finalmente impuesta, pues el error de prohibición, tal y como es entendido por la doctrina dominante (63), no resulta de aplicación en aquellos casos en los que el ciudadano sabe (o puede saber) que su conducta está prohibida, pero no sabe «cómo» de prohibida está. Por tanto, cuando el cambio jurisprudencial desfavorable afecta no a la conducta delictiva, sino a la pena aplicable, el error de prohibición no puede ser una opción viable, pues no soluciona el problema de la imprevisibilidad de la sanción finalmente impuesta (64).

4.2.2 Argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal

Una vez que se ha reconocido la existencia de una cierta creación judicial de Derecho, se torna esencial argumentar por qué ello no supone una vulneración del principio de separación de poderes. En primer lugar, el reconocimiento de la creación judicial de Derecho no implica, en ningún caso, la afirmación de que creación legal y creación judicial de Derecho sean la misma operación; por el contrario, existen diferencias ontológicas (cualitativas) entre una y otra forma de crear Derecho (65). En este sentido, la legitimidad de la creación judicial de Derecho termina donde acaba la ley: la jurisprudencia, a través de la interpretación judicial, no puede crear Derecho *ex novo* o *contra legem*, pues su límite se encuentra precisamente en el tenor literal de la ley (66). Muy acertadamente apunta Correcher Mira que tal vez sea un error utilizar la palabra «crear» cuando nos referimos al papel

(62) *Ibidem*.

(63) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General,* 9.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 551 y ss.

(64) Vidales Rodríguez, C., *La eficacia retroactiva*…, *op. cit.,* pp. 117-119.

(65) Montiel, J. P., «Estructuras analíticas…, *op. cit*., pp. 13-16.

(66) Así lo entiende el TC, por todas, en su STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7: el juez habrá de respetar «el tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, pues […] el mensaje normativo se expresa con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios». En la doctrina, Huerta Tocildo, S., «El contenido debilitado del principio…, *op. cit.*, p. 416, quien, además, sobre los límites a esta «creación judicial» de Derecho, deja muy claro que «Lo difuso es enemigo de lo cierto, y ello no se soluciona con interpretaciones judiciales creativas que pretenden aportar certeza allí donde no la hay […] ninguna interpretación pueda ir más allá de los límites que marca el tenor literal de las mismas [de las normas]».

de la interpretación, pues genera confusión y parece que se equiparan creación legal y judicial de Derecho (67) cuando, en realidad, lo que sucede es que la jurisprudencia, en cierta medida, crea Derecho, pero, desde luego, no elabora leyes (68).

En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce que «los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absoluta» (69) y que «el déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma» (70), de manera que las leyes, para cumplir adecuadamente con el principio constitucional de taxatividad, requieren de un complemento jurisprudencial (71). En consecuencia, si la jurisprudencia, a través de la interpretación judicial, constituye un elemento esencial para conocer el alcance normativo de la disposición legal, difícilmente puede negarse que la misma deba ser irretroactiva cuando crea –en sentido débil– una nueva conducta prohibida, o cuando agrava una sanción. Dicho de otro modo, si la jurisprudencia es necesaria para cumplir con el mandato constitucional de *lex certa*, de manera que precisa qué conductas quedan subsumidas en el tipo, entonces también debe integrarse en la garantía de *lex praevia*, pues sólo así puede garantizarse que el ciudadano conozca (con anterioridad) el verdadero sentido normativo de la ley que habilita la imposición de una pena (72). Aceptar lo contrario –esto es, que el complemento jurisprudencial sea imprescindible para satisfacer la taxatividad, pero prescindible en términos de irretroactividad– implicaría permitirle al juez aquello que expresamente se le prohíbe al legislador: castigar retroactivamente conductas que, en el momento de su comisión, no estaban castigadas (73). Si el Tribunal Constitucional ha reconocido que la jurisprudencia completa el significado de la ley penal, dotándola de la precisión que el propio lenguaje natural no es capaz de ofrecer, entonces es coherente concluir que ese complemento

(67) Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal*…, *op. cit.,* p. 152.

(68) Donini, M., «Jueces y democracia…», *op. cit.*, p. 72.

(69) STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1.

(70) STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2.

(71) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.*, p. 153.

(72) Alcacer Guirao, «La "Doctrina Parot"…», *op. cit*., p. 945; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit*., p. 275: «si el TC la considera colmada [la *lex certa*] gracias a la labor jurisprudencial, la prohibición de irretroactividad desfavorable ha de alcanzar a ambos: delegante y delegado».

(73) García Albero, R. M., «¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad», *Jueces para la democracia*, núm. 62, 2008, pp. 57-91; Ferreres Comellas, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.,* p. 196; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit*., p. 263.

hermenéutico debe quedar también sometido a la garantía de irretroactividad, pues solo de este modo se preserva la seguridad jurídica y la libertad del ciudadano frente a interpretaciones sobrevenidas que redefinan, con efectos *ex post facto*, el alcance de lo prohibido.

El reconocimiento de un cierto carácter vinculante de la jurisprudencia nos acerca al estudio de una figura protagonista en los países del *common law*: el precedente judicial, el cual supone que las decisiones judiciales previas deben ser respetadas y aplicadas a casos futuros con hechos similares, garantizando así racionalidad, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho (74). En virtud de este principio, en los sistemas angloamericanos, el precedente es fuente de Derecho tanto como lo es la propia ley escrita, y los tribunales están obligados a seguir las decisiones anteriores (*stare decisis*), tanto verticalmente (los tribunales inferiores deben atenerse a lo decidido por los superiores) como horizontalmente (los tribunales deben mantenerse en lo dispuesto en sus propias decisiones previas) (75). El precedente representa así la necesidad de ofrecer la misma solución a situaciones similares o idénticas (76) y se articula a través de una doble eficacia: vertical y horizontal. En este sentido, la figura del precedente, en cierta medida, también está presente en los países del *civil law* (77), toda vez que nuestros jueces aplican constantemente y de forma habitual tanto su propio precedente como el de los órganos superiores (78). Especialmente, en lo que respecta a la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resulta innegable que ésta cumple una función normativa, pues no se limita exclusivamente a resolver el caso concreto, sino que su decisión sobre cómo se ha de interpretar una ley

(74) Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal*…, *op. cit*., pp. 141-142.

(75) Ahumada Ruiz, M. A., «*Stare decisis* y creación de derecho (constitucional)», en *Revista española de Derecho Constitucional,* núm. 67, 2003, p. 356.

(76) *Vid.* Cross, R., *Precedent in English Law*, 4.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 3. El precedente encuentra su fundamento en los valores de racionalidad, seguridad jurídica, imparcialidad e igualdad, de manera que lo que se garantiza con el precedente judicial es, por un lado, la igualdad en la aplicación de la ley (tatar igual aquellos supuestos que son iguales) y, por otro lado, la racionalidad y coherencia interna del sistema (respetar las decisiones de los órganos jerárquicamente superiores). A nadie se le escapa que estos dos valores (igualdad y racionalidad del sistema) son igualmente la base de nuestro sistema judicial, de manera que una y otra cultura jurídica no son tan distintas como superficialmente pueda parecer.

(77) Laporta san Miguel, F. J., «La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente» en Ferreres Comella, V., y Xiol Ríos, J. A.: *El carácter vinculante de la jurisprudencia,* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 38.

(78) *Ibidem*. En contra, con matices, Vives Antón, T., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 238.

tiene efectos prospectivos, es decir, no sólo para el caso enjuiciado, sino especialmente para el futuro, vinculando al resto de jueces de órganos inferiores, más aún cuando se trata de doctrina consolidada (79).

En definitiva, debemos admitir que la jurisprudencia cumple una cierta función normativa (aunque, a diferencia de la ley, no tenga tal naturaleza), toda vez que la interpretación judicial completa el significado de la ley y, en este sentido, adquiere una naturaleza constitutiva respecto del contenido de las normas jurídicas. Ahora bien, ello no quiere decir que creación judicial y creación legal de Derecho sean procesos idénticos, al contrario, constituyen mecanismos ontológicamente distintos, y la única fuente de Derecho en sentido estricto es la ley, y no la jurisprudencia (80). En este contexto, además, es preciso reconocer que, en la práctica, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo «ya» opera como si fuera vinculante; de esta manera, admitir formalmente su función normativa simplemente abriría la puerta a la posibilidad de construir un sistema más coherente, que nos permita superar esa «doble personalidad» (81) que caracteriza los sistemas de *civil law*, y todos los problemas que de ello se derivan. En cuanto a si esto supone o no una vulneración del principio de separación de poderes, conviene plantearse, siguiendo a Ferreres Comella, si reconocer la fuerza vinculante de la jurisprudencia «no es democrático», ¿cuál sería entonces la alternativa? (82).

4.2.3 Argumentos de carácter constitucional

(79) Es más, reconoce Silva Sánchez, *Parte General*…, *op. cit.*, p. 327 que «La función de la legalidad es producir una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en interpretaciones judiciales legítimas, previsibles y estables». En este contexto, Laporta san Miguel, F. J, «La doctrina Parot…, *op. cit*., p. 342 habla de la «doble personalidad» que caracteriza a los sistemas del *civil law* respecto del valor de la jurisprudencia: «por un lado, afirmamos cotidianamente como principio que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es fuente del derecho y, por tanto, no genera precedentes vinculantes; y, por otro lado, la aplicamos mecánicamente a todos aquellos casos a los que pueda concernir». De esta manera, en la práctica, entonces, pese a que no reconocemos formalmente la idea del precedente judicial, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo actúa como tal en numerosas ocasiones.

(80) Ferreres Comella, V., «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia» en Ferreres Comella, V., y Xiol Ríos, J. A. (aa.): *El carácter vinculante*…, *op. cit.,* p. 74.

(81) Laporta san Miguel, F. J, «La doctrina Parot…, *op. cit*., p. 342.

(82) Ferreres Comella, V., «Sobre la posible fuerza vinculante…», *op. cit*., p. 74.

En cuanto al artículo 117 CE, se ha dicho que mientras los jueces queden sometidos únicamente al «imperio de la ley», serán independientes los unos de los otros, mientras que, de quedar vinculados por las decisiones de otros órganos jurisdiccionales, perderían independencia (83). Este planteamiento resulta sorprendente en un ordenamiento como el nuestro, caracterizado por un sistema de recursos formal y jerárquico, en el que los tribunales superiores son quienes hacen prevalecer su opinión sobre la de los tribunales inferiores, en ocasiones, incluso, obligando a retrotraer las actuaciones para que estos últimos fallen de conformidad con lo indicado por el órgano superior (84). Igualmente, resulta exagerado considerar que, si se sigue esta premisa, ninguno de los jueces que operan en sistemas de *common law* es independiente; no puede decirse que todos los jueces del mundo angloamericano, por seguir el precedente judicial, presenten una independencia judicial atrofiada (85).

Además, no debemos confundir la autonomía judicial, por un lado, y la independencia judicial, entendida desde el principio de separación de poderes, por otro. Si bien es cierto que los jueces deben ser independientes unos de otros (en el sentido de que las decisiones que tomen no deben verse influenciadas por las indebidas injerencias de otros (86)), debe precisarse que esto no es tanto independencia judicial, sino «autonomía» de cada órgano jurisdiccional (87). Así, cuando el artículo 117.1 CE hace referencia a la independencia judicial, realmente lo hace prescribiendo su independencia con respecto al resto de poderes públicos y, en particular, se exige que sea independiente respecto del Poder Ejecutivo (88). Mientras que la relación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo no es, ni debe ser, de absoluta indepen-

(83) *Vid. supra*. 4.1.3.

(84) Ferreres Comella, V., «Sobre la posible fuerza vinculante…», *op. cit.,* p. 61.

(85) *Ibidem*.

(86) Es decir, una correcta administración de justicia no puede sustentarse en criterios motivados por el deseo de agradar o impresionar a los superiores jerárquicos, ni en la adopción de interpretaciones sugeridas por otros miembros del Poder Judicial sin una valoración crítica e independiente.

(87) De hecho, cuando Llobet Anglí expone el problema de la irretroactividad de la jurisprudencia y, concretamente, de la independencia judicial, habla precisamente de la «autonomía» de los jueces (Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit.,* pp. 257-258).

(88) En este sentido, sobre la necesidad de independencia del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo, *Vid.* Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia,* Trotta, 2011, p. 203; Taruffo, M. «Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces» en Nieva Fenoll, J., y Oteiza, E. (dirs): *La independencia judicial: un constante asedio*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 14.

dencia (pues el primero está sometido siempre al imperio de la ley), en un Estado de Derecho resulta imprescindible que el Poder Judicial sea independiente del poder político, de manera que pueda controlar la actuación de este último en términos de estricta legalidad (89). Por ello, cuando se establece que los jueces quedan sometidos únicamente al imperio de la ley, a lo que se hace referencia, en sentido fuerte, es a que los mismos no deben quedar sometidos a las órdenes del Poder Ejecutivo. En este sentido, la exigencia de independencia judicial a la que alude el artículo 117 CE, que responde a la idea de separación de poderes, exige que los jueces sean independientes, en particular, respecto del Poder Ejecutivo, de manera que este artículo no constituye necesariamente un inconveniente para el reconocimiento de la irretroactividad jurisprudencial.

En segundo lugar, en cuanto a la esencia retrospectiva de la jurisprudencia y al riesgo de fosilización, encontramos la solución en una institución propia de los países del *common law*, el *prospective overruling,* que pretende garantizar el desarrollo jurisprudencial sin sacrificar seguridad jurídica (90). Esta figura consiste en que, en la sentencia, los jueces deben pronunciarse respecto de la condena o absolución del acusado aplicando la interpretación consolidada hasta la fecha, pero, si lo estiman oportuno, pueden expresar que, para el caso enjuiciado, habría sido mejor una interpretación distinta, de manera que se anuncie la llegada de un cambio jurisprudencial (desfavorable), que solo tendrá efectos prospectivos (91). De esta manera, a través del *prospective overruling*, se mantiene el efecto comunicativo de la jurisprudencia, pues se expresa la idea de que existe otra solución, precisamente anunciada en la sentencia, que se considera más correcta o «más justa», permitiendo así la evolución de la jurisprudencia (92). En todo caso, no puede olvidarse que esta solución implica una renuncia importante, pues supone reconocer que existe otra

(89) Díaz García, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática,* Taurus, 9.ª ed., Madrid, 1998, p. 45: «El sentido histórico e ideológico del principio de separación de poderes es, así, evitar la concentración de poder en manos, sobre todo, del titular del ejecutivo».

(90) Con esta misma finalidad, en otras tradiciones, las denominadas cláusulas *Von nun an* o «de ahora en adelante» (*vid.* Scoletta, M., «El principio de legalidad penal europeo» en Díez Picazo, L. M., y Nieto, A. (coords.): *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Aranzadi, 2010, pp. 275-276; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit*., p. 279. En contra de esta posibilidad, Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad*…, *op. cit*., p. 23).

(91) Efectos prospectivos respecto de los «hechos»: la nueva interpretación desfavorable sólo se aplicará a aquellos hechos cometidos después de que la sentencia anunciase tal cambio.

(92) Silva Sánchez, J. M., *Derecho Penal*…, *op. cit*., p. 353.

opción, más justa, más acertada o más correcta para resolver el asunto, pero que no se va a aplicar en este momento, renunciado así a la justicia del caso concreto (93).

4.3 **El conflicto de fondo: ¿seguridad jurídica *vs.* justicia material? Un balance**

En definitiva, ante la problemática aquí expuesta, y tomando en consideración todos los argumentos propios de una y otra postura, parece que se trata de una cuestión enmarcada en el clásico enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia material: mientras que la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables se presenta como la mejor opción en términos de seguridad jurídica, la retroactividad de la misma parece ser la solución más respetuosa con los ideales de justicia material (94). Sin embargo, lo cierto es que la cuestión no es tan dicotómica como pudiera parecer: no se trata tanto de elegir entre uno u otro valor del ordenamiento jurídico, sino de alcanzar un cierto equilibrio. En ocasiones, en nuestro ordenamiento, renunciamos a cierta seguridad jurídica a cambio de obtener una respuesta «más justa» para el caso concreto. Así, por ejemplo, tal vez sería más seguro jurídicamente que los preceptos penales prescribieran una pena concreta o determinada, y no un marco penal (que, por cierto, en ocasiones, es especialmente amplio), pero se permite que existan marcos penales porque se considera que, de esta manera, el juez podrá ajustar mejor el reproche penal al caso concreto y, así, proporcionar una respuesta «más justa» (95). Se trata, entonces, de encontrar un equilibrio entre los valores enfrentados. En este sentido, a

(93) Sobre los problemas derivados del prospective overruling y las críticas al respecto, Ghatan, G. J., «The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice», en *Real Property, Trust and Estate Law Journal,* vol. 45, núm. 1, 2010, pp. 179-211.

(94) Así, por ejemplo, en la Stedh C. R. c. Reino Unido, la condena al acusado por haber violado a su esposa, aunque se pudiere considerar imprevisible, parece coincidir con algunos de nuestros ideales básicos en términos de justicia material: nos parece bien que sea condenado aquel que comete un delito contra la integridad sexual de la que es su esposa, aunque ello implique una condena imprevisible y suponga una pérdida en términos de seguridad jurídica, pues los bienes jurídicos afectados en este caso guardan una estrecha relación con la dignidad de la persona, que constituye la base de los derechos fundamentales y de la las relaciones entre los ciudadanos y el poder público en un Estado Social y Democrático de Derecho. *Vid.* Silva Sánchez, *Parte General*…, *op. cit.,* pp. 214-219.

(95) *Vid*. Mínguez Rosique, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», en *Revista General de Derecho Penal,* núm. 31, 2019.

continuación, con el objetivo de lograr una respuesta que articule correctamente un equilibrio entre ellos, se propone la configuración de un «principio» de irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables.

V. UNA PROPUESTA

El análisis hasta aquí desarrollado permite afirmar que el reconocimiento de un cierto carácter vinculante de la jurisprudencia no implica una equiparación entre creación legal y creación judicial de Derecho; precisamente por ello, reconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia no permite trasladar a esta, de forma automática, todas las garantías y prerrogativas que se predican respecto de la ley (96). En cambio, resulta necesario configurar un nuevo principio de irretroactividad de la jurisprudencia, en términos distintos del que ya existe respecto de la ley, que se adapte a las necesidades de aquella y al papel que la misma cumple en nuestro ordenamiento. Para ello, es necesario precisar qué debe entenderse por jurisprudencia irretroactiva: delimitar, primero, la configuración concreta de este «principio de irretroactividad de la jurisprudencia»; y, después, concretar de qué órganos ha de proceder para considerarse irretroactiva, y en qué circunstancias.

En primer lugar, es imprescindible precisar la naturaleza deóntica del principio que aquí se pretende configurar (97), para lo cual resulta necesario distinguir entre reglas y principios. En este sentido, la irretroactividad de la ley penal desfavorable, aunque habitualmente se denomine principio es, en el fondo, una regla (98), pues sigue un sistema binario, esto es, o se cumple o se incumple, sin posibilidad de excepciones y sin término medio, «sólo puede ser cumplida o no» (99), «razón por la cual no podrá entrar en ponderaciones o valoraciones de ningún tipo, pues se trata de una prohibición categórica» (100). Esto

(96) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.*, pp. 192-193.

(97) Explicando la naturaleza deóntica de los contenidos del principio de legalidad, Silva Sánchez, J. M., *Parte General*…, *op. cit.*, p. 326.

(98) Lascuraín Sánchez, J. A., *Principios penales democráticos*, Jurídica Continental, Madrid, 2021, p. 45; Rodríguez de Santiago, J. M., «Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 202, 2019, p. 58.

(99) Alexy, R., *Teoría de los derechos*…, *op. cit*., p. 87.

(100) Minguez Rosique, M., «Retroactividad favorable… ma non troppo?» en Minero Alejandre, G., y Puente Rodríguez, L. (dirs.): *Anuario de la Facultad de*…, *op. cit.*, p. 293.

implica que la ley penal desfavorable será siempre irretroactiva, con independencia de que existan buenas razones de justicia material que justifiquen su aplicación, o de que pueda entenderse que el cambio legislativo era previsible para los ciudadanos. En cambio, otros contenidos del principio de legalidad penal se han configurado como mandatos de optimización, en el sentido Alexyano del término, que permiten una ponderación de los distintos valores superiores del ordenamiento cuando entran en conflicto; así, las exigencias de *lex stricta* y *lex certa* se configuran como principios (101), entendidos como mandatos de optimización (102): se trata de que las leyes sean «lo más precisas posibles», o que el juez se atenga «lo máximo posible» al tenor literal; es, pues, una cuestión de grado (103). A este respecto, la configuración de la irretroactividad de la jurisprudencia debe verse como un principio, derrotable cuando entra en contradicción con otros valores en juego, y no como una regla estricta, a diferencia de la irretroactividad de la ley penal. En este sentido, en el caso de la irretroactividad de la jurisprudencia, los dos valores superiores del ordenamiento que aparecen enfrentados son la seguridad jurídica –que, en el fondo, trata de garantizar la libertad de los ciudadanos (104)– y la justicia material (art. 1.1 CE) (105). En este contexto, considero que, ante una jurisprudencia consolidada y estable, existen imperiosas razones de seguridad jurídica que justifican la primacía de esta sobre la justicia material (106), y que los cambios jurisprudenciales desfavorables que modifiquen aquella jurisprudencia consolidada y estable deben quedar cubiertos por este principio de irretroactividad de la jurisprudencia.

Concretamente, en cuanto a qué jurisprudencia y en qué casos debe considerarse irretroactiva, entiendo que debe seguirse la misma lógica que es empleada en el *common law* para configurar el prece-

(101) Silva Sánchez, J. M., *Parte General*…, *op. cit*., p. 335, 4/38.

(102) Alexy, R., *Teoría de los derechos*…, *op. cit.*, p. 87.

(103) Moreso, J. J., «Principio de legalidad y causas de justificación» en Díaz y García Conlledo, M., y García Amado, J. A. (eds.): *Estudios de filosofía*…, *op. cit.,* pp. 402-403.

(104) Lascuraín Sánchez, J. A., «Cinco tesis sobre los límites de la libertad de expresión» en Querat Jiménez, J. J., y Cardenal Montraveta, S. (eds.): *Derecho Penal y Libertad de Expresión*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 22.

(105) Lascuraín Sánchez, J. A., «¿Debe ser irretroactiva…», *op. cit*.

(106) En términos similares, indica Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit*., pp. 273-276 que, en caso de reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia, la afectación al principio de separación de poderes no es de tal intensidad como para resultar insoportable, mientras que lo contrario (permitir la retroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables) sí supone una pérdida en términos de seguridad que resulta inadmisible en un Estado de Derecho.

dente horizontal. En este sentido, cada tribunal deberá verse vinculado por su propia jurisprudencia consolidada, de manera que quedarán comprendidos en la garantía de irretroactividad aquellos cambios jurisprudenciales desfavorables emanados de un mismo tribunal, dirigidos a modificar su propia jurisprudencia consolidada (eficacia horizontal) (107). Por supuesto, ello no implica que no sea posible desvincularse de la jurisprudencia consolidada hasta el momento, sino que, para apartarse de ella en sentido desfavorable, se deberá acudir a la técnica del *prospective overruling* (108) y emplear una especial carga argumentativa (109) que justifique ese cambio de parecer. En otras palabras, un cambio de interpretación jurisprudencial desfavorable, cuando emana de un tribunal respecto de su propia jurisprudencia consolidada, deberá quedar abarcado por el principio de irretroactividad, de manera que su criterio interpretativo ya solo podrá ser modificado con efectos prospectivos.

En segundo lugar, considero que un tribunal superior podrá ofrecer una interpretación desfavorable de un precepto que haya venido interpretándose de manera uniforme por tribunales inferiores y que esta nueva (y desfavorable) interpretación tenga efectos retroactivos. Así, por ejemplo, si una Audiencia Provincial lleva un determinado periodo de tiempo interpretando una ley en el mismo sentido, y se trata de una cuestión que nunca ha llegado al Tribunal Supremo, cuando llegue a este Tribunal, el mismo podrá interpretar dicha cuestión de manera desfavorable para el reo, si así lo considera, y este pronunciamiento podrá tener efectos retroactivos. Es cierto que, en este escenario, la solución propuesta implica un cierto sacrificio de seguridad jurídica, pero, como se ha dicho, esta materia no se presenta como un «todo» o «nada», sino como una cuestión de equilibrio. De esta manera, parece razonable y coherente con nuestro sistema judicial, que es jerárquico, que las decisiones del tribunal superior se impongan sobre las decisiones del tribunal inferior, pese a que este último hubiera asentado una cierta jurisprudencia (110). En este sentido, podría decirse que, si la cuestión no había llegado aún al máximo intérprete de la ley ordinaria, no era imprevisible que el mismo pudiera dar una solución que difiriera de lo dispuesto por los tribunales infe-

(107) Bacigalupo Zapater, E., «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en Samper Juan, J. (dir.): *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de derecho judicial, núm. 34, Madrid, 2001, p. 134.

(108) Llobet Anglí, «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit*., p. 279.

(109) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit*., p. 170.

(110) En contra, Llobet Anglí, «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit.*, p. 278.

riores (111). Ello es así porque solo la jurisprudencia del Tribunal Supremo crea un verdadero «precedente», pues su misión no es (o no es solo) resolver conforme al caso concreto (función retrospectiva de la jurisprudencia), sino también establecer criterios generales sobre cómo interpretar la ley, sentando los criterios interpretativos a seguir en el resto de supuestos de hecho similares (función prospectiva de la jurisprudencia) (112). Se resuelve así, además, aquella cuestión que preocupaba a quienes niegan la irretroactividad de la jurisprudencia por entender que los tribunales superiores quedarían vinculados por lo dispuesto en instancias inferiores.

Por todo ello, entiendo que la irretroactividad del cambio jurisprudencial desfavorable sólo procederá cuando este sea «imprevisible», es decir, la irretroactividad de un cambio jurisprudencial desfavorable no será automática, como ocurre con la ley, sino que únicamente procederá cuando exista una jurisprudencia claramente estable y consolidada respecto de la manera en que debe interpretarse una ley penal, pues solo entonces se imponen imperiosas razones de seguridad jurídica que justifican su irretroactividad, al haberse generado en el ciudadano una expectativa legítima sobre la manera de proceder de los tribunales, circunstancia que no ocurre cuando la jurisprudencia sobre la interpretación de una ley penal es vacilante, contradictoria o, directamente, inexistente (113). De esta manera, vemos una diferencia esencial entre la irretroactividad de la ley y la de la jurisprudencia, puesto que en el primer caso, la prohibición de retroactividad no se hace depender de la previsibilidad: cualquier ley penal desfavorable es siempre irretroactiva, por mucho que el ciudadano medio pudiera prever que se avecinaba un cambio legislativo, mientras que en el caso de la jurisprudencia estaríamos ante un mandato de optimización, esto es, la irretroactividad de la jurisprudencia entraría en un juego de ponderación con otros valores igualmente valiosos en el Estado de Derecho, y sólo resultaría de aplicación cuando se dieran imperiosas razones de seguridad jurídica que así lo justificasen (114).

En conclusión, la irretroactividad de la jurisprudencia debe configurarse como un principio, y no como una regla, lo que permite la ponderación entre los distintos valores esenciales del ordenamiento, como la justicia material y libertad de los ciudadanos. Este principio regirá siempre con una eficacia horizontal (un tribunal no podrá efectuar un cambio jurisprudencial desfavorable y retroactivo sobre su

(111) García Amado, «Sobre el principio de legalidad penal…», *op. cit*., p. 325.
(112) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.*, p. 160.
(113) Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de…», *op. cit*., p. 374.
(114) Huerta Tocildo, S., «El contenido debilitado…», *op. cit*., p. 117.

propia jurisprudencia), pero no vertical (un tribunal superior, cumpliendo la debida carga argumentativa que justifique su cambio de parecer, podrá modificar la jurisprudencia consolidada por las instancias inferiores, aplicando un cambio jurisprudencial desfavorable y retroactivo). En otras palabras, el Tribunal Supremo no podrá alterar de manera desfavorable y retroactiva su propia jurisprudencia, que quedaría comprendida por el principio de irretroactividad, pero nada le impide modificar la jurisprudencia hasta ahora emanada de los tribunales inferiores, aunque ello suponga la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial desfavorable.

VI. CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia cumple una función normativa que consiste en determinar el concreto alcance y significado del texto legal y de la pena aplicable, es decir, la interpretación judicial, materializada a través de la jurisprudencia, completa el significado de la ley, cumpliendo así con el mandato constitucional de determinación de la ley penal. De esta manera, si el complemento jurisprudencial es imprescindible para cumplir con la exigencia de *lex certa*, en consecuencia, debe entenderse igualmente incluido en la garantía de *lex praevia*: si reconocemos que, en determinados casos, la jurisprudencia configura la conducta prohibida y su pena aplicable, entonces, imperiosas razones de seguridad jurídica –en el fondo, de libertad– obligan a que la misma quede incluida, también, en la garantía de irretroactividad.

2. La irretroactividad de la jurisprudencia no debe configurarse en los mismos términos en los que se da la irretroactividad de la ley penal desfavorable. La solución no puede ser extender las garantías del principio de legalidad penal a la jurisprudencia, esto es, no se trata de copiar aquella irretroactividad prevista para la ley y aplicarla, en idénticos términos, a la jurisprudencia. Por el contrario, es preciso configurar un nuevo principio de irretroactividad de la jurisprudencia, que se adapte a las particularidades y necesidades de ésta. Este principio –entendido como mandato de optimización– se caracteriza porque sólo resultará de aplicación allí donde los cambios jurisprudenciales desfavorables resulten del todo imprevisibles. Es decir, los cambios jurisprudenciales desfavorables que modifiquen una jurisprudencia consolidada y estable que viniera aplicándose de manera clara, deberán ser irretroactivos; sólo un tribunal superior podrá modificar tal jurisprudencia, cuando ésta provenga de tribunales inferiores, y en ningún caso podrá el Tribunal Supremo aplicar retroactivamente cam-

bios interpretativos desfavorables que modifiquen su propia jurisprudencia consolidada.

3. Un principio de estas características, en primer lugar, no supone una equiparación entre ley y jurisprudencia y, en consecuencia, no vulnera el principio de separación de poderes. Es más, tal y como aquí se ha expresado, precisamente porque se reconocen diferencias esenciales entre una y otra forma de crear Derecho, no se aboga por extender las prerrogativas del principio de legalidad también a la jurisprudencia –como si ley fuera– sino que se expone la necesidad de configurar nuevos límites para la interpretación judicial del Derecho penal. En segundo lugar, en cuanto a los límites que el ordenamiento constitucional parece imponerle a la postura que aquí se mantiene, por un lado, no existen preceptos constitucionales que de manera clara impidan la configuración de un principio de las características que aquí se define y, por otro lado, los problemas de fosilización o paralización de la jurisprudencia quedan buenamente solventados a través de instituciones que encontramos en el derecho comparado como el *prospective overruling*. Por último, la propuesta aquí formulada nos permite ganar en términos de valores constitucionales, pues ganamos en seguridad jurídica sin que la renuncia a la justicia material sea insoportable; más aún, debemos recordar que el ideal de justicia no es el único ideal que el Derecho penal debe perseguir. En este sentido, un sistema de justicia sin seguridad jurídica es un sistema injusto; para que el sistema sea justo, es necesario que el ciudadano sea libre, y la libertad requiere, de manera esencial, de seguridad jurídica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA RUIZ, M. A., «*Stare decisis* y creación de derecho (constitucional)», en *Revista española de Derecho Constitucional,* núm. 67, 2003, p. 356.

ALCÁCER GUIRAO, R., «La "Doctrina Parot" ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 43, Madrid, 2012.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

BACIGALUPO, E., «Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal» en Montiel, J. P. (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el*

nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 55-80.

Bacigalupo Zapater, E., «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en Samper Juan, J. (dir.): *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de derecho judicial, núm. 34, Madrid, 2001.

Cid Moline, J., y Moreso Mateos, J. J., «Derecho Penal y filosofía analítica», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 44, fasc./mes 1, 1992.

Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, 2018.

Cross, R., *Precedent in English Law*, 4.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2004.

Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito,* Dykinson, 3.ª ed., Madrid, 2002.

Díaz García, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática,* Taurus, 9.ª ed., Madrid, 1998.

Donini, M., «Jueces y democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios», en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional,* núm. 19, 2007.

Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia,* Trotta, 2011.

Ferreres Comella, V., «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia» en Ferreres Comella, V., y Xiol Ríos, J. A. (aa.): *El carácter vinculante de la jurisprudencia,* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pp. 43-80.

— *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.

García Amado, J. A., «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad» en Pérez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 313-334.

García Albero, R. M., «¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad», *Jueces para la democracia*, núm. 62, 2008.

García Pérez, O., «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», en *InDret*, Barcelona, 2018.

Ghatan, G. J., «The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice», en *Real Property, Trust and Estate Law Journal,* vol. 45, núm. 1, 2010, pp. 179-211.

Guastini, R., «Interpretación y construcción jurídica», en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho,* núm. 43, 2015.

Herrero Álvarez, S., «Tratamiento legal de la MDMA y otras drogas psicoestimulantes en el nuevo Código Penal español de 1995», en Bobes García, J., y Lorenzo Fernández, P. (aa.): *Éxtasis (MDMA): un abordaje comprehensivo,* Masson, 1997, visitado *online* https://herreroabogados.com/publicaciones/Aspectos.htm (última vez 8 de diciembre de 2025).

HUERTA TOCILDO, S., «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal» en Pérez Moneo, M.; García Roca, F. J., y Santolaya Machetti, P. (coords.): *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.ª ed., Madrid, 2014, pp. 399-427.

HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 39, 1993.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* Marcial Pons, 2.ª ed., 1997.

KUHLEN, L., «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía» en Montiel, J. P. (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?,* Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 151-172.

LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., «La doctrina Parot y la teoría del Derecho» en Pérez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (dirs): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal,* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 335-348.

— «La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente» en Ferreres Comella, V., y Xiol Ríos, J. A. (aa.): *El carácter vinculante de la jurisprudencia,* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pp. 11-42.

— *El imperio de la ley. Una visión actual,* Trotta, 2007.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Jurisprudencial penal desfavorable: *gonna walk and don't look back*», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* núm. 38, 2025.

— «¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Un dilema», *Almacén de Derecho*, 2023.

— «Cinco tesis sobre los límites de la libertad de expresión» en Querat Jiménez, J. J., y Cardenal Montraveta, S. (eds.): *Derecho Penal y Libertad de Expresión*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 15-28.

— *Principios penales democráticos*, Jurídica Continental, Madrid, 2021.

— «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal» en Pérez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal,* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 119-148.

— *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional,* Aranzadi*,* 2009.

LLOBET ANGLÍ, M., «Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición», en Minero Alejandre, G., y Puente Rodríguez, L. (dirs.): *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (28). Derecho y retroactividad,* BOE, Madrid, 2024, pp. 253-285.

MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo,* UV, Valencia, 1982.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, 6.ª ed., Valencia, 2022.

MINGUEZ ROSIQUE, M., «Retroactividad favorable…*ma non troppo*?» en Minero Alejandre, G., y Puente Rodríguez, L. (dirs.): *Anuario de la*

Facultad de Derecho de la UAM (28). Derecho y retroactividad, BOE, Madrid, 2024, pp. 287-309.

— «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,* 9.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

Montiel, J. P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», en *InDret*, Barcelona, 2017.

— «Introducción» en El Mismo (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?,* Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 27-29.

Moreso, J. J., «Principio de legalidad y causas de justificación» en Díaz y García Conlledo, M., y García Amado, J. A. (eds.): *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 399-421.

Neumann, U., «¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales in peius de los tribunales penales eficacia retroactiva?», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Madrid, 1999.

Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXIV, 2003.

Peñaranda Ramos, E., «Falsedades documentales», en Molina Fernández, F. (coord.): *Memento penal,* Francis Lefebvre*,* 2025.

— «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones» en El mismo, y Pozuelo Pérez, L. (dirs.): *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, AEBOE, Madrid, 2024, pp. 283-407.

Rodríguez de Santiago, J. M., «Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 202, 2019, pp. 51-82.

Roxin, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1997.

Ruiz Antón, L. F., «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia», en *Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura,* Cáceres, 1989.

Scoletta, M., «El principio de legalidad penal europeo» en Díez Picazo, L. M., y Nieto, A. (coords.): *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Aranzadi, 2010.

Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», en *Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, 1993.

Silva Sánchez, J. M., *Derecho penal. Parte General,* Civitas, Madrid, 2025.

— *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales,* BdeF, 3.ª ed., Madrid, 2011.

— «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal» en Díaz y García Conlledo, M., y García Amado, J. A. (eds.): *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 367-395.

SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, De Gruyter, 1978.

TARUFFO, M. «Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces» en Nieva Fenoll, J., y Oteiza, E. (dirs): *La independencia judicial: un constante asedio*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 13-22.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

VIVES ANTÓN, T., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995.

WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte General,* Jurídica de Chile, 11.ª ed., 1970.

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. Plazo máximo de prisión provisional tomando en cuenta detención policial.

«Este tribunal posee doctrina consolidada sobre el derecho a la libertad personal (art. 17 CE) que, en lo que afecta a este caso, se refiere tanto a la medida cautelar de prisión provisional, en general, como a la inclusión o no del periodo de detención en el cómputo del plazo máximo de la prisión provisional.

a) El derecho a la libertad personal (art. 17 CE) y su privación a través de la medida cautelar de prisión provisional.

Como expuso la STC 136/2023, de 23 de octubre, FJ 3, con remisión a las SSTC 32/2023, de 17 de abril, FJ 3, 143/2022, de 14 de noviembre, FJ 4, y 29/2019, de 28 de febrero, FJ 4, las líneas maestras de esta doctrina pueden sintetizarse como sigue:

(i) Principio de legalidad.

«"Uno de los principios a tener en cuenta de cara a la adopción de la medida cautelar de prisión provisional [es] el principio de legalidad,

que opera como elemento habilitante de la privación de libertad y como fuente de limitación del plazo máximo de duración de la medida cautelar, 'razón por la cual este tribunal ha declarado reiteradamente que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada de aquel derecho y, en consecuencia, su vulneración (entre otras, SSTC 99/2006, de 27 de marzo, y 95/2007, de 7 de mayo)' (STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3) […]. Nuestra jurisprudencia ha considerado también que la exigencia general de habilitación legal supone que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar prevista en uno de los supuestos legales (uno de los 'casos' a que se refiere el art. 17.1 CE) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la 'forma' mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se haya reiterado que el derecho a la libertad personal puede verse lesionado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley como contra lo que la ley dispone (así, SSTC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, y 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2)" (STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3)».

(ii) Principio de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertate.*

Conforme a estos principios, "la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la medida de prisión provisional 'deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad' (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4)".

(iii) La duración de los plazos máximos como garantía del derecho a la libertad.

Para este tribunal, "la limitación del plazo máximo de duración de la medida de prisión provisional opera como mecanismo de garantía evitando que alcance una duración excesiva, que dependa de causas ajenas e inciertas a la persona juzgada, y con el objetivo de que quien se somete a aquella tenga una expectativa concreta sobre su extensión y finalización. La razón de esta última exigencia, como recuerda la STC 95/2007, de 7 de mayo, 'encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos […]. Al mismo tiempo, este precepto pretende evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de acicate a los órganos judiciales para que aceleren la

instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales con preso (SSTC 8/1990, de 18 de enero, FJ 4; 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4)' (FJ 5).

El respeto a los plazos legales máximos iniciales y de prórroga de la prisión provisional, establecidos en el artículo 504, párrafo cuarto, LECrim, constituye, por lo tanto, un mandato constitucional, de forma que la superación de aquellos conllevaría una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (por todas, SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 19/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 72/2000, de 13 de marzo, FJ 6; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 28/2001, de 29 de enero, FJ 4). Por ello mismo, este tribunal ha censurado en numerosas resoluciones decisiones judiciales consistentes en prorrogar el plazo de prisión provisional (art. 504.2 LECrim) después de que el plazo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste el incumplimiento del plazo no se subsana por el extemporáneo acuerdo de prórroga una vez finalizado aquel (en este sentido, SSTC 56/1997, de 17 de marzo; 234/1998, de 1 de diciembre; 305/2000, de 11 de diciembre, y 98/2002, de 29 de abril)".

A modo de síntesis de lo anteriormente expuesto, "cabe extraer tres criterios jurisprudenciales esenciales que deben regir en toda adopción de la medida cautelar de prisión provisional: (i) en primer lugar, que la excepcionalidad de esta medida impone una interpretación restrictiva de las normas reguladoras de aquella y en el sentido más favorable al derecho a la libertad (*favor libertatis*); (ii) en segundo lugar, que del primero de los fundamentos de la exigencia de un plazo máximo de duración de la medida (garantizar la seguridad jurídica) se deriva, a su vez, una exigencia de certeza en el cómputo del mismo, que lleva a la exclusión de los 'elementos inciertos', que pueden conducir al 'desbordamiento del plazo razonable', conectándose de este modo la exigencia de certeza con la del 'plazo razonable'; (iii) en tercer lugar, que del otro criterio en que se fundamenta el establecimiento del plazo máximo (evitar dilaciones indebidas) se deriva la necesidad de valorar, junto a la complejidad de la causa, tanto la actuación de los órganos judiciales como la conducta del recurrente a la hora de determinar si las dilaciones producidas pueden o no excluirse del cómputo del plazo, criterios que coinciden con los empleados para determinar si nos encontramos o no ante un 'plazo razonable'".»

b) El derecho a la libertad personal (art. 17 CE) y la exclusión de los periodos de privación de libertad por detención del cómputo del plazo máximo inicial de la prisión provisional.

Este tribunal elaboró una doctrina constitucional sobre el derecho a la libertad personal en la que no apreciaba su vulneración, por considerar que no se superaba el plazo legal máximo de la prisión provisional, en las decisiones judiciales que no incluían el tiempo de detención (la gubernativa en la STC 145/2001, de 18 de junio; y la judicial en la STC 37/1996, de 11 de marzo) dentro del cómputo del plazo máximo inicial de esta medida cautelar establecido en el artículo 504.4 LECrim aplicable *ratione temporis*. En ambos pronunciamientos, la normativa aplicable al respecto era el artículo 504 LECrim en la redacción previa a su reforma por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional, cuya dicción literal no preveía la inserción del tiempo de detención en el cómputo de los plazos máximos establecidos en dicho precepto, prescribiendo únicamente en su párrafo sexto que «(n)o se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la administración de justicia».

En síntesis, en la STC 37/1996 se fundamentó la ausencia de lesión del artículo 17.1 CE por no superar la prisión provisional decretada judicialmente el plazo máximo legalmente previsto en el entonces artículo 504.4 LECrim, aunque el tiempo de detención judicial no había sido tenido en cuenta, arguyendo que «el hecho de que junto a la figura de la prisión provisional exista otra, la de la detención, con expreso refrendo constitucional en sus propios límites y con plazo máximo de duración igualmente tasado –en el art. 17.2 CE respecto a la detención preventiva por la autoridad gubernativa y en el art. 497 y concordantes de la LECrim cuando el detenido pasa a disposición judicial transcurrido aquel– puede servir de justificación para entender que el plazo máximo de prisión provisional no necesariamente incluye el período anterior en que se haya padecido privación de libertad con causa legal distinta, como son todos los supuestos de detención. Y así lo corrobora el propio tenor literal del artículo 17 CE, que significativamente ha previsto plazos máximos para un tipo determinado de detención, la gubernativa (art. 17.2), así como plazos igualmente máximos –que ha de fijar el legislador dentro del canon de lo razonable– para la prisión provisional (art. 17.4, inciso final). Lo que entraña, en definitiva, que en la propia configuración constitucional de los supuestos de privación de libertad existen dos situaciones legales distintas tanto en lo que respecta a su finalidad como a sus consecuencias y, por ello, no cabe entender como interpretación constitucionalmente obligada que el plazo de privación de libertad padecido en atención a la primera haya de integrarse necesariamente en el plazo máximo fijado legalmente para la segunda» [FJ 4 B)]. Y con idénticos

argumentos se desestimó el amparo en la STC 145/2001, en el que el periodo de detención gubernativa no había sido tenido en cuenta a los efectos del plazo máximo de duración de la prisión provisional (FJ 4).

(…/…)

El régimen legal sobre el cómputo del plazo de la prisión provisional, aquí aplicable *ratione temporis*, es el regulado en el artículo 504.5 LECrim, en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional. Dicha reforma añadió a la única regla legal existente en la antigua redacción del artículo 504 LECrim al respecto [«No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo (prisión provisional), el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la administración de justicia», actualmente ubicada en el segundo párrafo del art. 504.5 LECrim] una nueva previsión (actual párrafo primero del art. 504.5 LECrim) que dispone tiempo que el investigado o encausado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa». De esta forma, el legislador dispone claramente que para el cómputo del plazo de duración de esta medida cautelar se tendrá en cuenta tanto el tiempo de prisión provisional como el de detención y, dentro de esta última, sin distinción, tanto la detención gubernativa como la judicial. Y ello porque la referencia legal al «tiempo que el investigado o encausado hubiera estado detenido», considerada en sí misma, permite englobar las detenciones policiales sin necesidad de forzar su tenor literal ni la *ratio* de la norma considerada en su conjunto (siguiendo los axiomas *in claris non fit interpretatio* y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), pues ambos tipos de detención (gubernativa y judicial) tienen el mismo impacto material en la libertad del sospechoso y su finalidad es asegurar su persona en el marco de la investigación de un delito.»

(STC 3/2025, de 13 de enero de 2025. Recurso de amparo 6751-2022. Ponente: D.ª Laura Díez Bueso. BOE 17 de febrero de 2025).

Derecho a la libertad personal. Vulneración por revocar la suspensión basado en la mera reiteración delictiva, sin que el órgano judicial haya ponderado las circunstancias individuales y con motivación insuficiente.

«La principal doctrina constitucional relativa al canon reforzado de motivación en materia de suspensión de la ejecución de la pena de

prisión y su revocación se sintetiza en la STC 32/2022, de 7 de marzo, cuyo FJ 4 sostiene que resulta exigible un «canon reforzado de motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, como entiende que ocurre con las resoluciones judiciales que deciden sobre medidas alternativas a la prisión o sobre beneficios penitenciarios, como la libertad condicional, sobre los permisos de salida o sobre la suspensión de la ejecución de la pena. En concreto, por lo que atañe a las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad regulada en los artículos 80 y siguientes del Código penal, se considera que "si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, ya que tienen como presupuesto la existencia de una sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado, sin embargo afectan al valor libertad, en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo" (STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, con numerosas referencias ulteriores).

Tal afectación al valor libertad determina que una resolución fundada en Derecho relativa a la suspensión requiere que el fundamento de la decisión no solo constituya una aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción esté presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales, por la expresión de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución y los constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto» (STC 32/2022, FJ 4, y jurisprudencia allí citada).

El deber reforzado de motivación se venía traduciendo, en materia de suspensión de condena, en dos pautas: «(i) "en sentido negativo, se ha rechazado reiteradamente que la simple referencia al carácter discrecional de la decisión del órgano judicial constituya motivación suficiente del ejercicio de dicha facultad"; (ii) "en sentido positivo, se ha especificado que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad" (STC 320/2006, FJ 4)» (STC 32/2022, de 7 de marzo, FJ 4).

Se añade al canon de enjuiciamiento lo siguiente: «Ciertamente la doctrina anterior sobre motivación reforzada no alude de forma expresa a la revocación de la suspensión prevista en el actual

artículo 86 CP, pero sin duda es extrapolable a ella, en tanto esa institución se integra en el diseño legal de la institución (sección primera "De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad" del capítulo III "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional") como elemento estructural de esa forma sustitutiva y la decisión al respecto afecta a la libertad personal del sujeto, pues determina el modo de cumplimiento hasta el punto de determinar el ingreso en prisión».

En aquel caso, atinente a una revocación por impago de la responsabilidad civil, el Tribunal señaló que debe tenerse presente que «las decisiones sobre revocación asentadas en la falta de pago de la responsabilidad civil que aquí interesan deben tener presente la doctrina constitucional relativa al papel que la capacidad económica del sujeto desempeña en este marco». Así, «ni la suspensión ni la revocación pueden condicionarse al pago de la responsabilidad civil cuando es imposible ese pago. En especial, la motivación de las decisiones judiciales que revocan una suspensión deben tener presente esta regla en su examen de la concurrencia de los presupuestos legales de tal consecuencia, que a su vez la reflejan [art. 86.1 d) CP: "salvo que careciera de capacidad económica para ello"], junto con la ponderación de los bienes y derechos en conflicto de conformidad con los fines constitucionalmente fijados de las penas privativas de libertad y la orientación a la reeducación y reinserción social inherente a la figura de la suspensión como alternativa a los efectos contrarios de las penas privativas de libertad cortas» (STC 32/2022, FJ 4).

Por otro lado, el Tribunal ha tenido ocasión de examinar también el supuesto específico de suspensión vinculado a la drogodependencia (SSTC 110/2003, de 16 de junio, y 222/2007, de 8 de octubre). Esta modalidad, regulada hoy en el artículo 80.5 CP y, antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, en el artículo 87 CP, se presenta «como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad […] para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia está justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurran los requisitos previstos legalmente, se une, en el caso especial del artículo 87.1 CP [ahora, art. 80.5 CP], la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas –caso habitual del llamado traficante/consumidor– reciban un tratamiento que les

permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella» (SSTC 110/2003, FJ 4, y 222/2007, FJ 4). Por ello, «una resolución fundada en Derecho y motivada de conformidad con las exigencias anteriormente expuestas sería aquella que, por una parte, exteriorizase las razones por las cuales entiende que concurre o no concurre el presupuesto habilitante de esta suspensión específica (que se trate de hechos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.1 CP y que el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto) y, por otra, justificara, cuando así fuera, que, aun concurriendo tal presupuesto, resultaría improcedente la suspensión en atención a las circunstancias individuales del penado y del caso en virtud de una ponderación de los bienes e intereses en conflicto que tuviese presente tanto los fines de la institución (reeducación y reinserción social y, específicamente la rehabilitación del drogodependiente y la evitación del efecto desocializador del ingreso en prisión cuando este fuese presumible) como las finalidades que legitiman la imposición de penas privativas de libertad» (STC 222/2007, FJ 4).

(…/…)

a) El artículo 86.1 del Código penal establece: «El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84. d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de enjuiciamiento civil».

En las SSTC 32/2022, 184/2023, 39/2024, 70/2024, 78/2024 y 122/2024, el Tribunal se vio llamado a pronunciarse sobre la revocación de la suspensión de la pena de prisión al no haberse satisfecho la responsabilidad civil, esto es, a uno de los contenidos del apartado d) del artículo 86.1 CP previamente expuestos. En el caso que ahora nos ocupa el apartado del precepto aplicado por el órgano judicial para justificar el levantamiento de la suspensión es el identificado en la letra a) del mismo artículo 86.1 CP, esto es, el relativo a la reiteración delictiva que se formula legislativamente desde la previsión de que el juez o tribunal revocará la suspensión cuando el penado «[s]ea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida». Como se deduce claramente de la lectura del precepto, a la nuda reiteración delictiva se une un criterio sujeto a la apreciación del órgano judicial en la medida en que se prevé que esa reiteración delictiva «ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida».

En la medida en que el precepto no define un automatismo en sentido propio, sino que incluso habiendo reiteración delictiva se prevé que la condena por un nuevo delito debe poner de manifiesto la imposibilidad de mantener la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión, es necesario proyectar aquí la jurisprudencia sentada en la STC 32/2022, porque el órgano judicial llamado a decidir sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de cumplimiento de la pena debe exponer las razones por las cuales considera rota la expectativa en que se fundó su decisión primera de suspender, y ello sobre la base de la manifestación expresa de cuál era tal expectativa.

Se proyecta sin ninguna duda la exigencia de un canon reforzado de motivación porque en este caso, como en el que resuelve la STC 32/2022 y todas las subsiguientes que aplican la doctrina allí fijada, el derecho a la tutela judicial efectiva incide en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, al estar en juego la aplicación de un beneficio penitenciario, como es la suspensión de la ejecución de la pena. Citando de nuevo la STC 320/2006, FJ 4, las decisiones sobre la suspensión de la ejecución de una pena «si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, ya que tienen como presupuesto la existencia de una sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado, sin embargo afectan al valor libertad», en cuanto modulan «la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo» (STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4).

En la medida en que se afecta al valor libertad, y tal y como se estableció con carácter general en la STC 32/2022, antes de referirse a ninguno de los supuestos del artículo 86.1 CP, el fundamento de la decisión de suspensión debe constituir «una aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso», estando presidida su adopción no solo por la exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales, sino por la «expresión de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución y los constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto» (STC 32/2022, FJ 4). El mismo pronunciamiento, tras recordar las pautas en que se traduce ese deber reforzado de motivación –ya se ha hecho referencia a ello en el fundamento jurídico precedente–, asume que la doctrina sobre motivación reforzada no aludía de forma expresa «a la revocación de la suspensión prevista en el actual artículo 86 CP, pero sin duda es extrapolable a ella, en tanto esa institución se integra en el diseño legal de la institución […] como elemento estructural de esa forma sustitutiva y la decisión al respecto afecta a la libertad personal del sujeto, pues determina el modo de cumplimiento hasta el punto de determinar el ingreso en prisión» (STC 32/2022, FJ 4). Por tanto, debe entenderse que la STC 32/2022, al extender la exigencia de motivación reforzada a la revocación de la suspensión prevista en el artículo 86 CE, se refiere a la totalidad de las condiciones previstas en el precepto, y no exclusivamente a la revocación asentada en la falta de pago de la responsabilidad civil, cuestión que era la que se planteaba en el supuesto de hecho que da lugar a aquel pronunciamiento de amparo y a todos los que le han sucedido desde entonces.»

(STC 37/2025, de 10 de febrero de 2025. Recurso de amparo 2126-2024. Ponente: D.ª María Luisa Balaguer Callejón. BOE 21 de marzo de 2026. En el mismo sentido, SSTC 160/2025, de 6 de octubre y 183/2025, de 1 de diciembre. Y también, sobre revocación de la suspensión por no haber satisfecho la responsabilidad civil, STC 49/2025, de 24 de febrero de 2025, BOE 1 de abril de 2025. BOE 9 de enero de 2026).

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«a) La doctrina constitucional sobre el derecho a la libertad personal y a no ser privado de ella sino en la forma legalmente prevista (art. 17.1 CE), concretado aquí en el derecho de los artículos 520.2 d) y 527.1 d) de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) a ser infor-

mado de los hechos y de los motivos de la detención y en el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar su legalidad en sede policial, aparece recogida en las SSTC 13/2017, de 30 de enero, FFJJ 5 y 7; 21/2018, de 5 de marzo, FFJJ 6 y 7, y 181/2020, de 14 de diciembre, FFJJ 4 y 5.

La doctrina establece que la garantía de acceso a los elementos esenciales del atestado policial para impugnar la legalidad de la detención –derecho complementario e instrumental del derecho a ser informado de las razones de la detención y del derecho a impugnar su legalidad– tiene como finalidad contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y es, además, relevante para decidir la estrategia de defensa. La garantía de acceso no opera de oficio, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la información, pues requiere que la persona interesada o su defensa lo solicite. El momento hábil para pedir el acceso a las actuaciones es uno anterior a la finalización del atestado, y podrá permitir que la declaración de la persona detenida sea una oportunidad para defenderse. El acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición de la documentación, entrega de copia del atestado o por cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita a la persona detenida conocer y comprobar por sí, o a través de su abogado, las bases objetivas de su privación de libertad. La garantía de acceso se limita a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad. No obstante, la concreción de estos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que hayan justificado la detención.

Se trata, en definitiva, de que el detenido y su letrado puedan conocer con precisión los indicios y conjeturas que sobre su participación en unos hechos delictivos consten en las actuaciones policiales, así como las circunstancias que han determinado la necesidad de la detención, y de esa manera permitir el examen de su legalidad, es decir del fin que persigue la medida cautelar y de su proporcionalidad. La garantía de acceso no implica una obligación de dar traslado de todo el expediente; tiene por objeto los datos y elementos informativos que sustenten la imputación objetiva y subjetiva, y, en su caso, las inferencias y argumentos de respaldo, es decir aquello que permite al investigado y a su letrado impugnar la privación de libertad con conocimiento de causa.

b) La doctrina constitucional sobre la institución de *habeas corpus* y la prohibición de su inadmisión o su desestimación *a limine* por motivos de fondo aparece detallada en la STC 85/2024, de 3 de junio,

FJ 2, a la que nos remitimos, haciendo notar el parámetro de control que establece: «la vulneración del derecho a la libertad del detenido en su vertiente del derecho al control judicial de la detención (art. 17.1 y 4 CE) por incumplimiento del procedimiento de *habeas corpus* se produce tanto cuando se inadmite *a limine* la incoación de dicho procedimiento fuera de los supuestos admitidos (falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el art. 4 LOHC); como cuando se dicta auto por el que se desestima la solicitud de *habeas corpus* por motivos de fondo (art. 8 LOHC) sin haber respetado el procedimiento regulado en la Ley Orgánica de regulación del procedimiento de *habeas corpus* y, en particular, el requisito de la audiencia del detenido (art. 7 LOHC)» (FJ 3).

No en balde el procedimiento de *habeas corpus* es una garantía específica del derecho fundamental a la libertad personal frente a la restricción que supone la detención, garantía que consiste en evitar y hacer cesar de manera inmediata la vulneración del derecho mediante la puesta a disposición del juez de la persona detenida. La esencia de la garantía constitucional es que el juez compruebe personalmente la situación del detenido y le escuche, haciendo efectivo el derecho de quien ha impetrado el amparo judicial a ser oído y alegar sobre la legalidad de la privación de libertad que sufre. La inadmisión o desestimación *a limine* de la demanda por razones de fondo –aquellas que versan sobre la regularidad de la detención–, sin previa puesta a disposición judicial de la persona privada de libertad y sin ser escuchada, supone la vulneración del derecho fundamental por parte de la autoridad judicial a la que la Constitución confía su protección.»

(STC 86/2025, de 7 de abril de 2025. Recurso de amparo 120-2023. D. Ramón Sáez Valcárcel. BOE 15 de mayo de 2025. En el mismo sentido, STC 188/2025, de 15 de diciembre de 2025, BOE 24 de enero de 2026).

ARTÍCULO 18

Derecho al honor en relación con el derecho a la libertad de información. Reportaje neutral.

«Es un fenómeno cotidiano en el modo de operar de los medios de comunicación que, junto al periodismo de investigación y la elaboración propia de noticias, se difundan otras adquiridas de agencias de

noticias, también conocidas como agencias de información o agencias de prensa. Tal forma de proceder responde a la necesidad de cubrir los sucesos que puedan producirse en cualquier momento y lugar, cuando para los medios de comunicación no resulta posible cumplir por sí solos con esa cobertura, por razones técnicas y económicas, a lo que se suman las exigencias de celeridad que se imponen en este sector y que se han acentuado en los últimos tiempos con el desarrollo del entorno digital. De este modo, las noticias elaboradas por las agencias son adquiridas por los medios de comunicación, que las hacen llegar al público a través de la prensa, radio, televisión o internet.

En ocasiones, aunque no siempre, las noticias así adquiridas son publicadas sin introducir ninguna modificación con indicación de la fuente, es decir, la agencia de información que las ha generado. Y es precisamente en estos casos cuando puede plantearse la eventual aplicación de la doctrina del reportaje neutral si la noticia resultara lesiva de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.1 CE. Sobre esta cuestión no ha existido hasta el momento un pronunciamiento específico del Tribunal.

En las noticias procedentes de agencias de información pueden concurrir algunos de los elementos caracterizadores del reportaje neutral, siempre que el medio de comunicación indique la fuente o autor de la noticia –la agencia–, y esta se publique tal y como se haya recibido de la agencia, es decir, que no haya habido reelaboración propia del medio. Sin embargo, las diferencias surgen porque la doctrina del reportaje neutral solo es aplicable a los casos en los que las informaciones u opiniones controvertidas son transcripciones, o quien las divulga afirma que lo son, de lo dicho o escrito por un tercero (STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 2), lo que no viene a coincidir exactamente con los casos de difusión de una noticia elaborada por una agencia de información.

En caso de publicación de declaraciones de un tercero, la doctrina del reportaje neutral declara que el medio de comunicación no responde del contenido de la declaración, sino únicamente de la veracidad de que la declaración se ha producido. Como ya ha indicado el Tribunal, el medio de comunicación social ejerce su derecho a comunicar libremente información veraz al reproducir las declaraciones de otro, siempre que lo haga de manera neutral. El canon de veracidad en estos casos se cumple con la acreditación fehaciente de que lo transcrito existe y coincide fielmente con lo dicho o escrito por el tercero (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 4). Además, como ha precisado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sanción a un periodista por contribuir a la difusión de declaraciones hechas por otra persona

en una entrevista obstaculizaría gravemente la contribución de la prensa a la discusión de cuestiones de interés público, y no deberían preverse sanciones salvo que existan motivos particularmente graves para ello, debiendo realizarse una distinción en función de si las declaraciones proceden del periodista o de si se trata de la cita textual de manifestaciones de otros (asuntos *Jersild c. Dinamarca*, § 35, y *Pedersen y otros c. Dinamarca*, § 77). En definitiva, la exclusión de la responsabilidad del medio de comunicación por el contenido de las declaraciones en el ámbito de la doctrina del reportaje neutral, encuentra su razón de ser en la contribución a la formación de una opinión pública libre, a través de la difusión de declaraciones de terceros con indicación de su autoría y sin reelaboración alguna.

Cuando un medio de comunicación difunde noticias elaboradas por una agencia de información, contribuye también a la formación de una opinión pública libre, teniendo en cuenta, además, que de este modo el medio de comunicación puede suplir las dificultades para producir sus propias noticias sobre lo que acontezca en cualquier momento y lugar. Pero, en este caso, aquello que se difunde sin elaboración propia y citando la fuente no se limita a la declaración de una persona, sino que se extiende a la noticia íntegra tal y como ha sido emitida por una agencia de información. Lo que se difunde citando la fuente es el producto del trabajo de otros profesionales de la comunicación, y su incidencia sobre la formación de una opinión pública libre no juega de la misma manera que la declaración de una persona. En este segundo caso, el sujeto que emite la declaración se convierte en objeto de la noticia y se requiere que el medio de comunicación acredite la conexión material de las declaraciones del tercero con el objeto del reportaje en el que tales declaraciones se integran (STC 134/1999, FJ 4). Por el contrario, la agencia de información es en sí misma ajena a la propia noticia; es quien la elabora, pero no se convierte en objeto de la noticia ni la protagoniza, sino que es su autora, sin perjuicio de que la transmisión y la difusión de la noticia queden en manos de otra entidad o profesional, como medio de comunicación.

Mientras que la doctrina del reportaje neutral excluye la responsabilidad del medio por el contenido de la declaración, que forma parte de una noticia y contribuye a la formación de una opinión pública libre, una doctrina que excluyera siempre toda responsabilidad del medio de comunicación por el contenido de las noticias que difunde y que han sido elaboradas por agencias de información, aun cuando se cite la fuente y no se modifiquen, significaría amparar constitucionalmente la divulgación de cualquier información que se publique en tales circunstancias, lo que podría llegar a poner en riesgo el rigor informativo. Si se

aceptara la aplicación de la doctrina del reportaje neutral a estos supuestos, se limitaría el canon de veracidad a la constatación de que la noticia procede de una agencia, de tal modo que el medio de comunicación podría publicar y difundir cualquier noticia de agencia sin revisar o supervisar su contenido, ni tener que responder de la veracidad de lo informado, sino solo de que procede de una agencia de información, incluso en el caso de que la noticia contuviera imprecisiones fácilmente perceptibles por cualquier profesional de la información, que pudieran constituir una vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE. Por ello, trasladar a este campo la doctrina del reportaje neutral conduciría a resultados no deseados.

Descartada la aplicación de la doctrina del reportaje neutral, para determinar la responsabilidad del medio de comunicación que difunde noticias adquiridas de una agencia de información, sin modificarlas y citando la fuente, hemos de partir de la idea general de que su derecho a la libertad de información queda sometido a los límites de interés público y veracidad.

Respecto al interés o relevancia pública de la noticia, se justifica la difusión de aquellas noticias elaboradas por agencias de información sobre hechos noticiables, por su importancia para contribuir a la formación de una opinión pública libre, incluyendo, entre otros, los sucesos de relevancia penal (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 3, y 139/2007, de 4 de junio, FJ 8). En cuanto al equisito de veracidad, no se identifica con la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información. Se exige comprobar su realidad mediante las averiguaciones oportunas y propias de un profesional diligente, con independencia de que se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4, y 139/2007, de 4 de junio, FJ 9, entre otras).

A su vez, es doctrina de este tribunal que la diligencia exigible al informador en la comprobación de los hechos depende de las características concretas de la comunicación de que se trate. Entre estos criterios se encuentra que la noticia divulgada pueda suponer un descrédito para la persona a la que se refiere la información, lo que lleva en tales casos a reconocer una especial intensidad al nivel de diligencia exigible. Pero también es un criterio para determinar el cumplimiento de este requisito constitucional que la fuente que proporciona la noticia reúna características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, así como las posibilidades efectivas de contrastarla (SSTC 158/2003, FJ 4; 53/2006, FJ 6, y 139/2007, FJ 9).

(…/…)

es un elemento relevante en estos casos para determinar el canon de veracidad, atender a la fuente que ha suministrado la noticia. Y con relación a la fuente, este tribunal ha declarado que, si reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente, máxime si es mencionada en la propia información (STC 158/2003, FJ 5). En este sentido, la STC 178/1993, FJ 5, consideró respecto de la publicación de una nota de prensa por un medio de comunicación que «no es pensable que se le pueda exigir el contraste de la información con otras fuentes, sino solo la seguridad de que la fuente era el órgano que se dice», para añadir que «[c]uestión distinta, ajena sin embargo al presente proceso, es el juicio sobre el contenido de la nota misma facilitada por la autoridad pública, y sobre su actuación negligente o irresponsable en la comunicación de lo informado».

No obstante, en los casos de publicación de noticias emitidas por agencias, en los que se cita la fuente y sin proceder a una reelaboración propia de la información recibida, presenta algunos matices distintos a la citada STC 178/1993.

(…/…)

podemos afirmar que ni la doctrina del reportaje neutral puede suponer una coartada para la vulneración de derechos fundamentales, ni la publicación de noticias procedentes de agencias de información libera al medio de su deber de diligencia, aunque lo pueda moderar.

La fiabilidad de la fuente y la confianza derivada de su profesionalidad pueden justificar que el deber de comprobación sea menos exhaustivo que cuando la noticia procede de fuentes menos fiables, pero siempre debe existir. Como tiene declarado el Tribunal, no se puede reconocer protección constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de forma negligente e irresponsable (STC 158/2003, FJ 5). El medio de comunicación no debe hacer llegar al público noticias sin previo contraste, pues no debe contribuir a la difusión de informaciones falsas. Pero si el medio de comunicación publica una noticia adquirida de una agencia de información citando la fuente y sin modificarla, no responde de aquellos aspectos de su contenido de cuya veracidad no hubiera sido razonable dudar, lo que exige una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso. El medio de comunicación actúa en este caso como mero transmisor de la noticia

elaborada por un tercero al que cita como fuente y en cuya profesionalidad se confía. Al difundir la noticia el medio de comunicación puede incurrir en responsabilidad si, desplegada la diligencia exigible a un profesional de la información, publica una noticia que debió advertir que vulnera los derechos fundamentales de terceros y, por tanto, que no debió publicar. Es por ello que en el caso de que el medio señale directamente a la agencia de información como autora de la noticia, que se publica sin modificar ni asumir como propia, es razonable una cierta modulación, aunque no exclusión, de la diligencia exigible y consiguientemente de su responsabilidad. Esta se determinará atendiendo al deber de diligencia predicable conforme a las circunstancias concretas que concurran.»

(STC 62/2025, de 11 de marzo de 2025. Recurso de amparo 6890-2023. Ponente: D. César Tolosa Tribiño. BOE 11 de abril de 2025. En el mismo sentido, STC 87/2025, de 7 de abril de 2025. BOE 15 de mayo de 2025).

ARTÍCULO 20.1

Derecho a la libertad de expresión y de creación artística en relación con una condena por delito contra la integridad moral.

«a) Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerda la más reciente STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 4, con cita de las SSTC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3, se ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que 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». De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura, esto es, sin timidez y sin temor» (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 7).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una jurisprudencia que da comienzo con la STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*, § 49, y que continúa hasta nuestros días, ha venido reiterando que la libertad de expresión constituye «uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del

desarrollo de cada individuo» (por todas, STEDH de 27 de abril de 2021, asunto *Tökés c. Rumanía*, § 82).

b) También hemos sostenido 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, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población». En el mismo sentido, se pronuncian las SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*, § 49; de 26 de abril de 1979, asunto *Sunday Times c. Reino Unido*, § 65; de 24 de febrero de 1997, asunto *De Haes y Gijsels c. Bélgica*, § 49, y más recientemente la STEDH de 27 de abril de 2021, asunto *Tökés c. Rumanía*, § 82, entre otras.

c) Ahora bien, la libertad de expresión no es un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene como todos los demás sus límites, de manera que cualquier expresión no merece protección constitucional, por el simple hecho de serlo, quedando fuera de la protección del artículo 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas» [STC 177/2015, FJ 2 c)].

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que «[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, asunto *Féret c. Bélgica*, § 64).

d) Como se señaló en la STC 177/2015, FJ 2 d), «[e]stos límites deben ser, no obstante, ponderados siempre con exquisito rigor. Esta regla, que es de obligada atención con carácter general, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor (art. 18 CE), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal».

Por ello, nuestra doctrina ha ido perfilando cómo debe desarrollarse el juicio de proporcionalidad en casos de limitación de la libertad de expresión en aplicación de tipos delictivos. Así, la STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4 d), lo concretó en los siguientes términos:

«En relación con la aplicación del principio de proporcionalidad a las restricciones que afectan al derecho fundamental a la libertad de expresión, en la citada STC 112/2016, FJ 2, se declara que "la STC 177/2015 recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que 'la ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible' y 'constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración' [FJ 2 d)]". A esos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que "es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito" (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden "reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal" (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5)».

Esta doctrina, que es unánime desde el comienzo de la actividad del Tribunal Constitucional, deja sentado con claridad: (i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables ha de ser considerada de por sí lesiva del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal (así, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 18 de marzo,

FJ 1; 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 115/2004, de 12 de julio, FJ 2; 127/2004, de 19 de julio, FJ 2; 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3; 41/2011, de 11 de abril, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2).

Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este tipo de supuestos debe quedar limitada, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal –que, en su caso, serán objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)–, a verificar si las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal, han valorado como cuestión previa si la conducta que se enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales».

Por ello, en estos supuestos, «el enjuiciamiento por parte de este tribunal no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el artículo 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados, determinando si, efectivamente, aquellos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales» (por todas, STC 158/2009, de 25 de junio, FJ 2).

(…/…)

La reciente STC 1/2025, de 13 de enero, consolida y concreta la línea jurisprudencial de este tribunal respecto de la libertad de creación artística al señalar que «[e]l artículo 20.1 CE reconoce y protege varios derechos fundamentales que tienen como objeto común la libre elaboración y circulación de discursos y de obras de creación, cuyo ámbito de protección no es coincidente, como tampoco lo son los criterios aplicables para enjuiciar la legitimidad de su ejercicio cuando colisiona con los derechos fundamentales de otras personas. De lo que se sigue la relevancia de la concreta identificación de cuál o cuáles son, en cada caso, los derechos que ofrecen cobertura a la actividad de

creación y difusión de un discurso, un mensaje o una obra», procediendo esta sentencia al deslinde de los derechos a la libertad de producción literaria y de creación artística concernidos en ese caso (FJ 3).

Así, de nuestra doctrina relativa al artículo 20.1 b) CE se desprende (i) que «la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión» (STC 51/2008, FJ 5, y 1/2025, FJ 3) y (ii) que es posible una imbricación entre los dos derechos del 20.1 CE pues el amparo «se centra básicamente en el ejercicio del derecho a la libertad de información garantizado en el artículo 20.1 d) CE, si bien a la hora de valorar las posibles limitaciones del derecho derivadas de su necesaria articulación con otros valores constitucionales deberán ser tenidas en cuenta las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual» (STC 34/2010, FJ 3).

(…/…)

Como afirmamos en la STC 35/2020, «desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, […] lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho» [FJ 5 b)]. De la misma manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que cuando se trata de injerencias en el ejercicio de la libertad de expresión «la naturaleza precisa del acto, la intención detrás de él y el mensaje que se busca transmitir no pueden ser cuestiones indiferentes» (STEDH de 6 de abril de 2021, asunto *Handzhiyski c. Bulgaria*, § 55).

(…/…)

El juicio sobre la afectación al ejercicio de la libertad de expresión que, como exige la doctrina constitucional, debe realizarse con carácter previo a la aplicación del tipo penal.»

(STC Pleno 117/2025, de 13 de mayo de 2025. Recurso de amparo 456-2021. Ponente: D.ª Laura Díez Bueso. BOE 18 de junio de 2025).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

«Este Tribunal Constitucional, en una consolidada doctrina, ha reiterado que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE es el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia otorgada por el ordenamiento, lo que implica, entre otras cosas, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas. Tal derecho a la intangibilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes responde a los principios de seguridad jurídica, legalidad procesal y eficacia del derecho fundamental a la ejecución de tales resoluciones, cuyo cumplimiento comporta una de las garantías esenciales para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho (arts. 9.3, 24.1 y 117.3 CE) (entre otras, SSTC 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 197/2000, de 24 de julio, FJ 4, y 107/2024, de 9 de septiembre, FJ 3).

El principio de intangibilidad asegura a las partes procesales que las resoluciones judiciales solo puedan ser modificadas dentro de los cauces legales previstos y proscribe que los juzgados y tribunales puedan variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los casos taxativamente previstos por la ley; incluso en la hipótesis de que, con posterioridad, entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad. Si se permitiese reabrir lo ya resuelto por una decisión firme fuera de los supuestos legalmente permitidos, el derecho a la tutela judicial efectiva, aparte de vulnerado, resultaría carente de efectividad (entre otras, SSTC 119/1988, de 20 de junio, FJ 2; 3/2024, de 15 de enero, FJ 3, y 107/2024, de 9 de septiembre, FJ 3).

La intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta solo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen *ratio decidendi* de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (STC 15/2006, de 16 de enero, FJ 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes para la decisión adoptada (SSTC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5, y 39/2012, de 29 de marzo, FJ 5).

B) Efecto prejudicial o positivo de la cosa jurídica material cuando se trata de resoluciones judiciales firmes dictadas por órganos judiciales de distinto orden jurisdiccional.

Este tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones, que unos mismos hechos no pueden existir para unos órganos judiciales y dejar de

existir para otros de distinto orden jurisdiccional. Si bien, ello no implica que los órganos de un orden jurisdiccional hayan de aceptar de manera automática los hechos declarados probados por otros, sino que el apartamiento en la apreciación de unos mismos hechos debe de ser siempre motivado y justificado, cuando el asunto en conflicto deba ser examinado desde otra perspectiva jurídica.

a) En este sentido, en la STC 16/2008, de 31 de enero, FJ 2, afirmamos:

«[L]a existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del Ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9.3 CE –en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia–, y vulneraría, asimismo, el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4; 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 35/1990, de 1 de marzo, FJ 3; 30/1996, de 26 de febrero, FJ 5; 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 190/1999, de 25 de octubre, FJ 4). Y ello porque, en la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron (STC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 3), cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (SSTC 30/1996, de 26 de febrero, FJ 5; 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3), y es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4; 24/1984, de 23 de febrero, FJ 3; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 4, entre otras muchas).

No obstante, también se ha sostenido que esta doctrina no conlleva que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada y por ello cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio (STC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 6). Como ha seña-

lado la STC 151/2001, de 2 de julio, FJ 4, "aunque es verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los tribunales de justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios tribunales de justicia no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento". De ahí que, de acuerdo con la doctrina de este tribunal, unos mismos hechos, cuando la determinación de los mismos exija una previa calificación jurídica, puedan ser apreciados de forma distinta en diferentes resoluciones judiciales sin incurrir por ello en ninguna vulneración constitucional si el órgano judicial que se aparta de la apreciación de los hechos efectuada anteriormente en otra resolución judicial expone de modo razonado los motivos por los que se aparta de aquella primera calificación».

b) La posibilidad de apartarse de los hechos probados por los tribunales de otro orden jurisdiccional responde a las propias singularidades de cada orden jurisdiccional. En este sentido, este tribunal, en la STC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 9, ya ha dicho:

«[S]i bien la jurisdicción constitucional ha establecido que tiene un fundamento constitucional en el artículo 24.1 CE que órganos jurisdiccionales diversos deban ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando hayan de decidir sobre una relación o situación respecto de la cual exista una estrecha conexión; no obstante, por las peculiaridad propias de cada orden jurisdicción resulta posible admitir eventuales contradicciones en aquellos casos en que el análisis jurídico se aborde desde perspectivas jurídicas diversas y siempre que, además, exista una motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la decisión adoptada o que motive las razones del apartamiento de lo establecido en otro orden jurisdiccional».

c) Esta doctrina constitucional tiene también reflejo en las relaciones entre los órganos penales y contencioso-administrativos, habida cuenta la especial conexión entre ambos órdenes jurisdiccionales. Al respecto, este tribunal, en su STC 2/2023, de 6 de febrero, FJ 4, con cita de otras anteriores, ha recordado:

«"[E]n los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien". La razón es clara: "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado", sin perjuicio de que "cuando el ordenamiento permite una

dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes" (STC 77/1983, FJ 4)».

(STC 31/2025, de 10 de febrero de 2025. Recurso de amparo 5242-2023. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 21 de marzo de 2025).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: 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.

«a) Es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) 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 (STC 48/2024, de 8 de abril, FJ 3, y cuantas se citan en ella). El recurso de amparo no es cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso, so pena de desvirtuar su naturaleza (STC 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3); pero el derecho a la tutela judicial efectiva sí conlleva la garantía de que la decisión que se adopte esté fundada en una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico que no resulte arbitraria, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, y la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia.

b) También hemos venido declarando desde la STC 167/2002, de 18 de septiembre, que «vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía 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 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» (STC 88/2013, de 11 de abril, por todas).

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, incorporó esta doctrina constitucional a la Ley de enjuiciamiento criminal al modificar su artículo 792, que en su apartado 2.

(…/…)

Tras esta reforma el Tribunal ha mantenido y precisado su doctrina en los términos que se recogen en la STC 72/2024, de 7 de mayo, y se reiteran en las SSTC 77/2024, de 20 de mayo, y 108/2024, de 9 de septiembre, que, en lo que resulta de aplicación al presente caso, puede sintetizarse del siguiente modo:

(i) El modelo limitado de revisión en segundo grado de sentencias absolutorias autoriza que la misma se sustente en un error en la valoración de la prueba, permitiendo a las partes acusadoras denunciar la manifiesta irrazonabilidad de las conclusiones probatorias que han llevado a dicho pronunciamiento, en tanto que vulneración de una de las garantías constitucionales integrantes de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Ahora bien, lo que no resulta posible, conforme a una interpretación constitucionalmente asumible de este motivo de recurso, es que a su amparo se vuelvan a valorar las pruebas practicadas en el juicio oral de instancia para, a partir de ellas, extraer una conclusión probatoria alternativa que confronte y pretenda sustituir la alcanzada en la instancia.

(ii) 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. De este modo, el vicio de justificación que posibilita la anulación de la sentencia absolutoria 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.

(iii) 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 el contexto impugnatorio de las acusaciones una valoración alternativa de las inferencias fácticas ni una reconstrucción del hecho probado. De este modo, el tribunal de apelación incurrirá en una extralimitación de sus facultades de revisión en el caso de que pretenda imponer su valoración de la prueba sobre la realizada por el juzgador de instancia, en vez de limitar su control a realizar un juicio externo sobre la coherencia, suficiencia y razonabilidad de la decisión absolutoria recurrida, para constatar si esa decisión incurre en arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad, o error fáctico patente.

c) Este tribunal ha reiterado finalmente que el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que quepa considerar vulnerado este derecho cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (por todas, STC 16/2012, de 13 de febrero, FJ 3). También se ha puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por el acusado, exigiéndose que se ponderen los distintos elementos probatorios, de modo que, aunque no sea necesario que esa ponderación se realice de modo pormenorizado ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sí es preciso que se ofrezca una explicación para su rechazo (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 2, reiterado en la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12).

La vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determinará la anulación de la sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones (SSTC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12, y 59/2018, de 4 de junio, FJ 5). En términos de la más reciente STC 72/2024, de 7 de mayo, FJ 7, «[l]as sentencias que vulneran la presunción de inocencia, en cualquiera de sus contenidos, expresan un juicio contrario al artículo 24.2 CE que, por ello, deviene insubsanablemente nulo. No expresan un mero quebrantamiento de forma que haya de subsanarse, sino que integran un vicio *in iudicando*, una infracción de ley que va más allá de una defectuosa o insuficiente motivación».

(STC 85/2025, de 7 de abril de 2025. Recurso de amparo 6729-2021. Ponente: D.ª Inmaculada Montalbán Huertas. BOE 15 de mayo de 2025).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Ejercicio de la acción penal. Investigación suficiente y eficaz en casos de denuncias de torturas, tratos inhumanos, violencia de género y delitos contra la vida.

«Este tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, se configura como un *ius ut procedatur*, cuyo examen constitucional opera desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, siéndole asimismo aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5, o 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2).

Como se recoge en la STC 87/2020, de 20 de julio, FJ 3 A), sus notas características son:

«a) El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal; tampoco impone a los órganos judiciales la obligación de realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la instrucción o el proceso (SSTC 176/2006, de 5 de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 25 de febrero, FJ 2).

b) El querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de 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, pues el *ius puniendi* es de naturaleza exclusivamente pública y su titularidad corresponde al Estado [SSTC 157/1990, de 18 de octubre (Pleno); 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].

c) La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante es satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim y, dado el caso, art. 779.1.1 LECrim). Por el contrario, habrá vulneración de este derecho si la

decisión judicial de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de esos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de medios de prueba; o también cuando, realizadas estas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

d) La efectividad del derecho a la tutela judicial coincidirá en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial. Dependerá, pues, no solo de que la decisión de sobreseimiento esté motivada y jurídicamente fundada, sino también de que la investigación de lo denunciado haya sido suficiente y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido.

e) La suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad (SSTC 34/2008, FJ 4, y 26/2018, FJ 3), de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se abra o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y revelándose tales sospechas como susceptibles de ser despejadas mediante la investigación. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, del mismo modo que no impide su clausura temprana. Tampoco existe un derecho a la práctica ilimitada de la prueba, de manera tal que imponga la realización de cuantas diligencias de investigación se perciban como posibles o imaginables, propuestas por las partes o practicadas de oficio, particularmente si resulta evidente que el despliegue de mayores diligencias deviene innecesario. Semejante obligación conduciría a instrucciones inútiles en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la administración de justicia (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 2, y 153/2013, de 9 de septiembre).»

Asimismo, este tribunal ha declarado reiteradamente que «las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva serán distintas y más estrictas, "reforzadas" (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3, y 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no se refiera directamente a la preservación o a los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2, y 71/004, de 19 de abril, FJ 4), en juego (STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), o afectado

(SSTC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión».

Según indicamos en la STC 87/2020, FJ 3 C) a), con remisión a la STC 106/2011, «[e]stamos en estos casos ante decisiones judiciales "especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no solo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea solo una de las hipótesis posibles" (SSTC 196/2005, de 18 de julio, FJ 3; 74/2007, de 16 de abril, FJ 3, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3)».

Por ello, de nuevo con cita de la STC 87/2020, FJ 3 C) a), en tales supuestos el artículo 24.1 CE exige, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). Sobre todo es necesario que la resolución judicial sea «conforme» con el mismo (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), «compatible» con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4), esto es, que exprese o trasluzca «una argumentación axiológica que sea respetuosa» con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). De este modo, como subrayaba la STC 224/2007, de 22 de octubre, es «perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado artículo 24.1 CE, por recoger las razones de hecho y de Derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas» (FJ 3). En estos casos, la evaluación de la efectividad y de la suficiencia de la tutela judicial dispensada coincidirá con la suficiencia de la indagación judicial y dependerá, no solo de que las decisiones impugnadas de cierre de la misma estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental que se invoca como lesionado.

(…/…)

Este tribunal ha establecido una consolidada doctrina sobre las exigencias constitucionales derivadas de los derechos a la tutela judi-

cial efectiva (art. 24.1 CE) y a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), en relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de haber sufrido torturas o tratos inhumanos o degradantes bajo custodia policial, en los que se constata que no se llevaron a cabo diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, en orden a una investigación suficiente y eficaz: SSTC 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero; 52/2008, de 14 de abril; 69/2008, de 23 de junio; 107/2008, de 22 de septiembre; 63/2010, de 18 de octubre; 131/2012, de 18 de junio; 12/2013, de 28 de enero; 153/2013, de 9 de septiembre; 130/2016, de 18 de julio; 144/2016, de 19 de septiembre; 39/2017, de 24 de abril; 166/2021, de 4 de octubre, FJ 3; 13/2022, de 7 de febrero; 33/2024, de 11 de marzo; 35/2024, de 11 de marzo, y 144/2024, de 2 de diciembre.

Más específicamente, en el contexto de actuaciones de funcionarios en el ámbito penitenciario, nos hemos pronunciado en las SSTC 40/2010, de 19 de julio; 12/2022, de 7 de febrero, y 105/2024, de 9 de septiembre.

La citada STC 144/2024, FJ 4, sintetiza los pronunciamientos anteriores de este tribunal en la materia, con lógica referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

«El Tribunal Constitucional ha establecido una consolidada doctrina acerca de las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), en los supuestos de sobreseimiento y archivo del procedimiento instructor incoado por denuncias de haber sufrido torturas o malos tratos bajo custodia policial o en el contexto de actuaciones de agentes estatales (entre otras muchas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero; 1/2024, de 15 de enero, y 33/2024 y 35/2024, de 11 de marzo).

Esta jurisprudencia constitucional, inevitablemente ligada con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, impone a los órganos judiciales una diligencia reforzada en la investigación de estos delitos. La exigencia de una investigación suficiente y eficaz deriva del artículo 3 CEDH que, en términos prácticamente idénticos al artículo 15 CE, dispone que "nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes", precepto que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas y un derecho absoluto e inalienable estrechamente vinculado con el respeto de la dignidad humana (SSTEDH de 1 de junio de 2010, asunto *Gäfgen c. Alemania*, § 107, y de 28 de septiembre de 2015, asunto *Bouyid c. Bélgica*, § 81).

En nuestra doctrina, la exigencia de llevar a cabo una investigación suficiente y eficaz de esta clase de denuncias "tienen su encuadre constitucional más preciso en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pero su relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) impone que la valoración constitucional sobre la suficiencia de la indagación judicial dependa no solo de que las decisiones de sobreseimiento y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino además, de que sean acordes con la prohibición absoluta de las conductas denunciadas, según un parámetro de control constitucional reforzado. La función del Tribunal Constitucional tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales afectados, sin perjuicio de la calificación jurídico-penal que corresponde realizar a la jurisdicción ordinaria" [SSTC 12/2022, de 7 de febrero, FJ 2 (i), y 33/2024, de 11 de marzo, FJ 2 (i)].

Este tribunal ha reiterado que "[e]xiste una especial exigencia de desarrollar una exhaustiva investigación en relación con las denuncias de este tipo de conductas contrarias al artículo 15 CE, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos, ya que es necesario acentuar las garantías por concurrir una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado. Este mandato, si bien no comporta la realización de todas las diligencias de investigación posibles, sí impone que no se clausure la instrucción judicial penal 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 a través de la actividad investigadora" [SSTC 12/2022, de 7 de febrero, FJ 2 (ii), y 33/2024, de 11 de marzo, FJ 2 (iii)].

La suficiencia y efectividad de la instrucción judicial y la necesidad de perseverar en la práctica de nuevas diligencias de investigación, "deben evaluarse atendiendo a las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el artículo 24.1 CE" [SSTC 12/2022, de 7 de febrero, FJ 2 (iii), y 33/2024, de 11 de marzo, FJ 2 (ii)]. La exigencia de investigación eficaz y suficiente no debe suponer la práctica de todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, sino "que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que *a priori* se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz

la que proceda al archivo de las actuaciones" (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8).»

b) Asimismo, hemos declarado la aplicabilidad de esta doctrina a los supuestos en que no se ha presentado una denuncia por escrito, pero consta una denuncia verbal ante la autoridad judicial de esos presuntos malos tratos o torturas, que no ha dado lugar a la incoación por el juez de un proceso para investigar esos hechos (STC 122/2022, de 10 de octubre); y a la denuncia de hechos que se afirman han tenido lugar en el momento de su detención, y con independencia de cuál pueda resultar a la postre la calificación penal de los hechos o incluso su atipicidad o mera consideración como infracción disciplinaria (STC 34/2022, de 7 de marzo).

c) También se ha aplicado el canon de investigación suficiente a un supuesto de investigación insuficiente de las responsabilidades derivadas de la muerte, acaecida en dependencias policiales de quien, pocas horas antes, había protagonizado lo que parecía ser un intento autolítico (STC 1/2024, de 15 de enero), supuesto en el que el Tribunal consideró que, si bien no se invocaba la vulneración del derecho a la vida (art. 15 CE), los graves hechos investigados (presunto suicidio de un detenido en dependencias policiales) no dejaban de guardar un cierto paralelismo con los supuestos en los que se denuncian torturas o malos tratos supuestamente sufridos durante una detención policial.

d) Finalmente este tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre la exigencia de una investigación judicial eficaz y suficiente en supuestos de sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales incoadas por las lesiones sufridas por un menor, en el curso de enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas del orden (STC 53/2022, de 4 de abril); o en relación con la investigación de las lesiones padecidas por una periodista que cubría, en el ejercicio de su labor informativa, los enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas del orden público (STC 124/2022, de 10 de octubre).

B) Doctrina constitucional sobre la investigación de delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género o en el de la violencia doméstica.

La exigencia constitucional de realizar una investigación judicial exhaustiva y eficaz alcanza también, en un segundo gran ámbito así reconocido, 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, asumiendo con ello otro de los ámbitos reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta con base en la protección de los derechos del artículo 3, en relación con el artículo 8 (vida privada familiar) CEDH.

Como exponentes de esa recepción, las SSTC 87/2020, de 20 de julio, y 131/2023, de 23 de octubre, en las que hemos otorgado el amparo por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no haber cumplido las resoluciones impugnadas con aquel estándar de exhaustividad y eficacia en la investigación del delito.

Hemos apreciado en estos casos, que 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 el marco de privacidad o clandestinidad en el que aparecen contextualizados los hechos objeto de la denuncia o bien sus propias características fácticas, que determinan que se carezca de evidencias físicas que apoyen la versión del suceso que puedan proporcionar quienes aparecen en el proceso como denunciante o como denunciado; teniendo en cuenta, en su caso, el principio de protección del interés superior del menor. Como se explica en la primera de las citadas, FJ 3 B):

«En la STEDH de 9 de junio de 2009, caso *Opuz c. Turquía*, el tribunal identificó por primera vez el maltrato y la violencia intrafamiliar con la violación de los derechos reconocidos en el artículo 3 CEDH. Reflexionó, también, sobre la variedad de formas que admite la violencia doméstica (física, psicológica y verbal), reconociéndola como "un problema generalizado que afecta a todos los Estados miembros y que no siempre emerge, ya que a menudo ocurre en las relaciones personales o en círculos cerrados. Y no afecta únicamente a las mujeres. Los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica, así como los niños, que con frecuencia son víctimas directas o indirectas" (STEDH de 9 de junio de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*, § 132).

Por esta razón, su erradicación desencadena obligaciones positivas para los estados, que deben tomar las medidas necesarias para proveer una protección efectiva de quienes sufran violencia basada en su género, incluyendo sanciones penales, remedios civiles y provisiones compensatorias para su protección frente a todo tipo de violencia (§ 74), con inclusión del daño o sufrimiento físico, mental o sexual, las amenazas de dichos actos, las coacciones y cualesquiera otras formas de privación de su libertad (§ 75).

[…]

Más recientemente, con ocasión del asunto *Talpis c. Italia* (STEDH de 2 de marzo de 2017), el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado el deber de diligencia en el tratamiento de las denuncias por violencia doméstica. Recuerda, en este sentido, que los niños y demás personas vulnerables en el ámbito familiar tienen derecho a una prevención eficaz, preservándolos frente a formas particularmente graves de ofensa a la integridad de su persona. Ello implica el deber de establecer un sistema judicial eficaz e independiente que permita determinar las causas de delito cometido, así como de sus responsables (STEDH de 2 de marzo de 2017, asunto *Talpis c. Italia*, § 98 y 99, por remisión a la STEDH de 9 de junio de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*, § 159).

El tribunal, asimismo, ha insistido en que, en estos casos, el deber de diligencia exigible a las autoridades estatales resulta inherente a la obligación de investigar e implica, también, rapidez de respuesta o reacción a la hora de recabar y custodiar los vestigios de delito de forma inmediata o, al menos, tan pronto como sea posible, así como de practicar cuantas diligencias de prueba resulten pertinentes en un plazo razonable, evitando en esta tarea toda discriminación o desigualdad entre las partes (STEDH de 12 de abril de 2016, asunto *M. C. y A. C. c. Rumanía*, § 71-73 y 110-113).

[…]

Así, en el tratamiento de las denuncias de violencia contra la mujer, corresponde a los órganos judiciales nacionales tener en cuenta la situación de precariedad y de particular vulnerabilidad moral, física y/o material en que pueda encontrarse la víctima, evaluando su situación en el más breve plazo posible; de este modo, incluso la forma en la que las autoridades internas conduzcan el procedimiento penal importa, pues deben evitar contribuir a la situación derivada de los hechos desde una pasividad judicial contraria a las exigencias del artículo 3 CEDH (STEDH de 2 de marzo de 2017, asunto *Talpis c. Italia*, § 129, 130 y 131).»

Y por tanto, se procede a su debida traslación a nuestra doctrina constitucional (STC 87/2020, FJ 3. C):

«Como no podría ser de otro modo, este tribunal, en concurrente diálogo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe tomar en consideración el canon reforzado del deber de actuación diligente y sin dilaciones que debe exigirse a las autoridades de los Estados miembros encargadas de la persecución penal

cuando aprecien la existencia de sospechas fundadas de delito cometido en contextos vinculados a la violencia de género.

[…]

En resumen, la investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria.»

5. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la necesidad de una investigación eficaz de las denuncias por delitos que atentan contra el derecho a la vida de las personas (art. 2 CEDH). Asunción por este Tribunal Constitucional.

a) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la obligación de proteger el derecho a la vida (art. 2 CEDH), en relación con la obligación de los Estados de asegurar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Convenio (art. 1 CEDH) requiere una investigación oficial efectiva cuando el individuo ha fallecido en circunstancias sospechosas.

En este sentido, la STDH de 23 de marzo de 2010, asunto *Iorga c. Moldova*, § 26, señala que el mero hecho de que las autoridades hayan sido informadas de la muerte (en las mencionadas circunstancias sospechosas) produce *ipso facto* la obligación, de acuerdo con el artículo 2 CEDH de realizar una investigación efectiva de las circunstancias en las que ha ocurrido.

En la STEDH de 14 de abril de 2015, asunto *Mustafa Tunç y Fecire Tunç c. Turquía* (gran sala), núm. 24014/05, § 171 y ss, el Tribunal Europeo declaró que al requerir a los Estados para que tomen las medidas adecuadas para proteger las vidas de aquellos que están bajo su jurisdicción, el artículo 2 impone a aquellos efectuar una investigación oficial efectiva cuando hay razones para creer que una persona ha sufrido heridas potencialmente mortales en condiciones sospechosas, aunque el presunto autor del ataque no sea un agente estatal [SSTEDH de 6 de junio de 2003, asunto *Menson c. the United Kingdom*, núm. 47916/99, ECHR 2003-V; de 9 de mayo de 2006, asunto *Pereira Henriques c. Luxembourg*, núm. 60255/00, § 56, y de 23 de octubre de 2012, asunto *Yotova c. Bulgaria,* núm. 43606/04, § 68]. El propio Tribunal indica que

para ser «efectiva» la investigación, en el contexto del artículo 2 CEDH, la misma debe ser «adecuada» [STEDH de 15 de mayo de 2007, asunto *Ramsahai y Others v. the Netherlands* (gran sala), no. 52391/99, § 324], es decir, capaz de conducir al establecimiento de los hechos y, en su caso, a la identificación y castigo de los responsables. Y aclara que se trata de una obligación de medios, no de resultados: las autoridades deben adoptar las medidas razonables disponibles para asegurar las evidencias relativas al suceso en cuestión [SSTEDH de 20 de noviembre de 2014, asunto *Jaloud v. the Netherlands* (gran sala), núm. 47708/08, § 186, y de 6 de julio de 2005, asunto *Nachova and Others c. Bulgaria* (gran sala), núm. 43577/98 and 43579/98, § 160].

Asimismo, en la STEDH de 11 de octubre de 2022, asunto *Garrido Herrero c. España*, § 69, el Tribunal de Estrasburgo recuerda que «con arreglo al aspecto procesal del artículo 2 del Convenio, una investigación tiene que ser efectiva en el sentido de que sea capaz de conducir a la identificación y condena de los responsables. Esta no es una obligación de resultados, sino de medios. Las autoridades deben llevar a cabo todas las medidas razonables a su disposición para asegurar las pruebas en relación con el incidente, incluyendo, *inter alia*, el testimonio de testigos oculares, pruebas forenses y, en su caso, una autopsia que proporcione un registro completo y detallado de los daños y un análisis objetivo de los resultados clínicos, incluyendo la causa de la muerte. Cualquier fallo en la investigación que socave su capacidad para determinar la causa de la muerte o la persona o personas responsables corre el riesgo de incumplir dicha norma (véase *Al-Skeini y otros c. Reino Unido* [GS], núm. 55721/07, § 166, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2011, y la jurisprudencia allí citada)».

El mismo Tribunal Europeo ha señalado, en fin, que la naturaleza y el grado de escrutinio necesario para garantizar una investigación efectiva depende de las circunstancias del caso, sin que resulte posible reducir la variedad de situaciones que pueden ocurrir a una simple lista de diligencias de investigación u otros criterios simplificados [STEDH de 14 de abril de 2015, asunto *Mustafa Tunç y Fecire Tunç c. Turquía* (gran sala), núm. 24014/05, § 176, con cita a las SSTEDH de 8 de julio de 1999, asunto *Tanrıkulu c. Turkey* (gran sala), núm. 23763/94, § 101-110, 1999-IV, y de 18 de mayo de 2000, asunto *Velikova c. Bulgaria*, núm. 41488/98, § 80, 2000–VI]; sin perjuicio de destacar la importancia de los informes médicos al analizar las hipótesis de un fallecimiento (STEDH v. de 10 de abril de 2001, asunto *Tanli c. Turquía*, núm. 26129/95, § 152).

b) Dejando al margen los casos puntuales de investigación de muerte de personas acaecidas estando en custodia de agentes policia-

les (*v. gr.* SSTC 1/2024, de 15 de enero, FJ 3, y 144/2024, de 2 de diciembre, FJ 4), este Tribunal Constitucional no había tenido ocasión de pronunciarse hasta ahora, con carácter general, sobre la exigencia de una investigación reforzada en los supuestos de muerte de una persona en circunstancias que puedan resultar sospechosas, es decir, no atribuidas a una muerte natural, o cuando haya indicios de la posible comisión de un delito contra la vida (art. 15 CE), en concreto atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia.

(…/…)

El mandato de una instrucción suficiente y eficaz no comporta la realización de todas las diligencias de investigación posibles, pero sí impone que no se clausure la instrucción judicial cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer un delito contra la vida y tales sospechas sean susceptibles de ser despejadas a través de la actividad investigadora. 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. Debe insistirse que la suficiencia de la investigación se determina considerando tanto los datos que se aportaron inicialmente, como los conocidos con posterioridad.»

(STC 126/2025, de 9 de junio de 2025. Recurso de amparo 1269-2023. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 14 de julio de 2025. En el mismo sentido, STC 154/2025, de 6 de octubre de 2025. BOE 10 de noviembre de 25).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación reforzada cuando se revoca la Sentencia absolutoria de primera instancia y se ordena repetir el juicio.

«Interesa también tener aquí en cuenta la doctrina constitucional en la que hemos reconocido a los órganos de apelación la posibilidad de anular las resoluciones judiciales materialmente absolutorias, entre otros supuestos, cuando se aprecie una vulneración de las garantías procesales de la parte acusadora y se hubiera producido la quiebra de una regla esencial del procedimiento, entendida bien como lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, bien con referencia a la interdicción de la indefensión del artículo 24.1 CE

[entre otras, SSTC 4/2004, de 14 de enero, FJ 4; 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3, y 9/2024, de 17 de enero, FJ 3 A) e) (i)].

a) La STC 72/2024, de 7 de mayo destaca:

«[E]l 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» [FJ 4 c)].

[…]

«[R]esulta constitucionalmente admisible la anulación de una resolución judicial penal materialmente absolutoria en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación ya que, en ese escenario, la ausencia de garantías no permite hablar de "proceso" en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable en la medida en que ha sido dictada en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes» [FJ 4 d) (ii)].

(…/…)

En la citada sentencia 72/2024, FJ 4 b) (i), hemos recordado que la motivación de las sentencias penales resulta siempre exigible *ex* artículo 120.3 CE, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio (con cita de las SSTC 169/2004, de 6 de octubre y 246/2004, de 20 de diciembre). Si bien, ello no obsta para apreciar un canon de motivación más riguroso en las sentencias condenatorias

respecto de los pronunciamientos absolutorios, pues de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales –y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal– la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el parámetro de control utilizable para enjuiciar su suficiencia (con cita, entre otras de las SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2).

(…/…)

Resulta exigible un deber de motivación reforzada (art. 24.1 CE) a toda sentencia penal de condena, declaramos que dicha garantía debe satisfacerse también cuando se trate de sentencias, como la aquí impugnada, donde el tribunal superior revoca una previa sentencia penal absolutoria, aunque a continuación no condene, sino que acuerde la orden de retroacción de actuaciones ante el órgano judicial de origen. En particular, tendrá en todo caso que satisfacer el tribunal de apelación ese derecho de motivación reforzada (art. 24.1 CE), dando respuesta a las quejas de vulneración de derechos fundamentales que le hayan sido puestas de manifiesto por la parte acusada en los trámites procesales previstos en las leyes y reconocidos por este Tribunal Constitucional como idóneos para la denuncia de tales vulneraciones.»

(STC 31/2025, de 10 de febrero de 2025. Recurso de amparo 5242-2023. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 21 de marzo de 2025).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a un proceso con todas las garantías. Conflicto entre los derechos a ser parte en el proceso penal como acusación particular y el derecho del testigo-pariente a la dispensa de la obligación de declarar en el proceso penal.

«En una reiterada doctrina constitucional, que se inicia en la STC 108/1983, de 29 de noviembre, FJ 2, este tribunal ha declarado que «el artículo 24.1 CE, en cuanto garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en sus diversos contenidos, comprende en favor de los acusadores el derecho a la jurisdicción penal que, dentro del sistema plural instaurado en nuestro ordenamiento

jurídico, en el que junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal se establecen otras titularidades privadas, es caracterizado como un *ius ut procedatur,* esto es, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal en los casos y conforme a las previsiones de la propia Ley de enjuiciamiento criminal» (STC 72/2024, de 7 de mayo, FJ 4). Se trata, en definitiva, del «"derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho" (por todas, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), que ha sido configurado por este tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, y 16/2001, de 29 de enero, FJ 4), y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 138/1999, de 22 de julio, FJ 5; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, y 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas)» (STC 145/2009, de 15 de junio, FJ 4).

Tanto los órganos judiciales ordinarios como este tribunal se han pronunciado acerca de las consecuencias que se derivan del ejercicio de este derecho fundamental a impulsar y a ser parte en el proceso penal con el derecho del testigo-pariente a la dispensa de la obligación de declarar en el proceso penal (art. 24.2, párrafo segundo, CE). La STC 94/2010, de 15 de noviembre, tal como se expone en su fundamento jurídico 3, declaró lesiva del *ius ut procedatur* de la recurrente en amparo, la decisión judicial dictada en apelación de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el juez de lo penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el artículo 416 LECrim. En dicha sentencia, acogiendo la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo, se afirma que el fundamento de esta dispensa radica en «los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado». Debido a que la recurrente había denunciado al acusado, había prestado declaración por los hechos denunciados ante la autoridad policial y el juzgado de instrucción y había ejercido la acusación particular, solicitando la imposición de graves penas contra él, este tribunal consideró que la decisión de la Audiencia Provincial de no tener por realizada su declaración testifical, al no haberle informado el juez de lo penal de la dispensa incurrió en desproporción por su forma-

lismo, lesionando el derecho de la recurrente a ejercer el *ius ut procedatur,* «pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el artículo 416 LECrim».

En coherencia con esta doctrina constitucional, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que el derecho a la dispensa del testigo-pariente es incompatible con su personación como acusación en el proceso, en particular en los supuestos de violencia de género en los que «la mujer denuncia precisamente a su pareja como autor de graves afrentas físicas o psicológicas mediante las cuales ha sido agredida precisamente ella, o a veces sus hijos, por la acción de aquél». Por ello, «[n]o tiene sentido conceder una dispensa a declarar, a quien precisamente declara para denunciar a su agresor» (STS 389/2020, de 10 de julio, FJ 8).

(…/…)

Es la propia actuación de quien en el ejercicio del derecho fundamental al *ius ut procedatur* comparece como acusación particular en un proceso (derecho garantizado en el art. 24.1 CE), la que impide que pueda ejercer en ese mismo proceso su renuncia al derecho a no declarar como testigo. Cuando se da esta circunstancia –que es el testigo-pariente el que promueve la acción penal– se está renunciando, mediante un hecho concluyente, al derecho a no declarar contra el pariente al que se le acusa del delito.

(…/…)

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a un juez imparcial, otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del juez la observancia de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3). Por esta razón le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FFJJ 1 y 2, y 18/1989, de 30 de enero, FJ 1), o realizar actos en relación con el proceso y sus partes que pue-

dan poner de manifiesto que ha adoptado una previa posición a favor o en contra de una de ellas (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). También ha señalado la doctrina constitucional que el juez puede traspasar el límite que le impone el principio acusatorio cuando, perdiendo su apariencia de juez objetivamente imparcial, ha llevado a cabo una actividad inquisitiva encubierta, al respaldar una petición de una de ellas formulada en clara conculcación de lo dispuesto en la legalidad sustantiva o procesal y que puede deparar un perjuicio a la otra (STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2).

Ahora bien, el hecho de que el juez deba mantener una actitud de neutralidad respecto de las posiciones de las partes no significa que haya de exigirse al órgano judicial una actitud pasiva durante el acto del juicio (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14). En efecto, si bien el principio acusatorio exige que el juzgador no emprenda, con iniciativas probatorias de oficio, una actividad inquisitiva encubierta, no supone que tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación, para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes, siempre que sirva al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que le permitan llegar a formar el criterio preciso para dictar sentencia (STC 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 3). En todo caso, para determinar si en el ejercicio de esa facultad el juez ha comprometido su posición de neutralidad es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto [SSTC 130/2002, FJ 8; 229/2003, FJ 14; 334/2005, FJ 3, y 143/2006, de 8 de mayo, FJ 4 b), por todas].

En tal sentido, y por lo que se refiere al supuesto de que por parte del juez –o el presidente del Tribunal– se proceda en la vista oral a formular una serie de preguntas al acusado, a la presunta víctima del delito o a los testigos, al amparo de diversas habilitaciones de la Ley de enjuiciamiento criminal, este tribunal ha destacado que no cabe apreciar vulneración del derecho al juez imparcial cuando las preguntas versen sobre los hechos objeto de acusación y pueda entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción del juzgador para la adopción de su decisión, en busca de la verdad material, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que se sustituya a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de esta, y de ellas no se derive ninguna indefensión para el acusado [SSTC 229/2003, FJ 14; 334/2005, FJ 3, y 143/2006, FJ 4 b)].

La inmediación implica la práctica de la prueba a presencia del tribunal, a fin de que este pueda percibir y valorar por sí mismo todo el acervo probatorio propuesto por las partes. Eso requiere que los

magistrados no alberguen duda alguna sobre el contenido de lo que se practica, sin perjuicio de su validez y suficiencia como fuente probatoria. En el caso de un testigo, el Tribunal no puede tener incertidumbre alguna sobre lo que el testigo dice, desde el punto de vista de un mero entendimiento lógico. Pero también es necesario tener clara la conexión o relación entre lo que el testigo dice y los aspectos esenciales de los hechos enjuiciados. Por tanto, forma parte de la propia naturaleza de la inmediación judicial que el Tribunal pueda formular preguntas a un testigo sobre aquellos aspectos fácticos que no le hayan quedado claros como resultado del interrogatorio de las partes. Ese es el sentido de la expresión «depurar los hechos» contenida en el artículo 708, párrafo segundo, LECrim. Se trata de desbrozar, limpiar o aclarar los hechos que, en definitiva, son el objeto del juicio oral, para su adecuado discernimiento.

En todo caso, la potestad del Tribunal recogida en el precepto citado encuentra como límite infranqueable la vigencia del principio acusatorio. El órgano de enjuiciamiento no puede introducir hechos que no hayan sido objeto de acusación y sobre los que, por lo tanto, el procesado no haya podido ejercer su derecho de defensa en condiciones de igualdad con el resto de las partes. El uso de esta prerrogativa no puede suponer, en modo alguno, que el Tribunal se convierta en acusación, en juez y parte al mismo tiempo, con la consiguiente pérdida de su debida imparcialidad. En consecuencia, lo relevante son los hechos, y estos vienen definidos por los escritos de acusación, que constituyen el objeto del proceso penal y, por lo tanto, del acervo probatorio propuesto por las partes [STC 91/2021, de 22 de abril, FJ 5.7.3 c), y todas las citadas en ella].»

(STC Pleno 41/2025, de 11 de febrero de 2025. Recurso de amparo 5726-2021. Ponente: D.ª Inmaculada Montalbán Huertas. BOE 21 de marzo de 2025).

ARTÍCULO 25

Derecho a la legalidad penal

«El artículo 25.1 CE establece 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». De este modo, el derecho a la legalidad penal que protege el artículo 25.1 CE se articula a través de una doble garantía, formal y material, que se refiere no solo a la tipifi-

cación de las conductas punibles, sino también al establecimiento de las sanciones aplicables.

La denominada garantía formal hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones, y supone, siguiendo la constante doctrina de este tribunal, que la expresión «legislación vigente» contenida en el artículo 25.1 CE es expresiva de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas, SSTC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único, y 166/2012, de 1 de octubre, FJ 5, y doctrina allí citada).

(…/…)

Conforme a la consolidada doctrina constitucional al respecto, «la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia tiene implicaciones no solo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan» (SSTC 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4, y 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1.1). Esta doctrina constitucional la hemos reiterado en la STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2, precisamente con ocasión del enjuiciamiento de un precepto de la Ley Orgánica de régimen electoral general, artículo 153 que regula las infracciones electorales, y que fue cuestionado por la pretendida vulneración del principio de legalidad penal (en cuanto comporta el mandato de taxatividad o certeza). El Tribunal descartó tal vulneración.

Asimismo, la doctrina constitucional ha precisado las exigencias a que se deben sujetar los órganos judiciales al verificar la labor de subsunción de los hechos en la norma penal, señalando, como recuerda la STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, que «[e]l derecho a la legalidad

penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6)».

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal –continúa señalando la STC 129/2008, FJ 3– «el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, "pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre; […] STC 53/1994, de 24 de febrero). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, de 12 de marzo; 75/1984, de 27 de junio; 111/1993, de 25 de marzo), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de este y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley […] La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SST C 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica […] Dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al signi-

ficado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios" (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4)».

Así pues, sobre la garantía de certeza de la definición del ilícito, como también enfatiza la STC 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2 B), «una vez que el autor de la norma, el legislador, ha cumplido suficientemente con el mandato al dar una redacción precisa al precepto sancionador, la garantía de certeza exige igualmente de los órganos sancionadores que están llamados a aplicarlo "no solo la sujeción […] a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla" (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y 146/2015, de 25 de junio, FJ 2). Por tanto, tal y como hemos señalado en nuestra doctrina, el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el artículo 25.1 CE, ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la sentencia "es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal" (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5)».

En todo caso, esa exigencia de *lex certa* no es incompatible con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o la utilización de una terminología con cierto grado de ambigüedad por parte del legislador, como así quedó expuesto, entre otras, en la STC 37/2018, de 23 de abril, FJ 3 a). En todo caso ello no exime de la comprobación de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal, siendo el primero de los criterios de tal examen el constituido por el respeto al tenor literal de la norma, que delimita en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7), y la interdicción de la analogía *in malam partem*.

No obstante, ya se ha indicado que ese respeto a la literalidad de la norma penal 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. Por tal razón,

a dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (por todas, STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3).»

(STC Pleno 51/2025, de 26 de febrero de 2025. Recurso de amparo 8005-2021. Ponente: Enrique Arnaldo Alcubilla. BOE 1 de abril de 2025).

Derecho a la legalidad penal de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable sobre la pena a cumplir.

«El objeto de nuestro enjuiciamiento fue abordado en la STC 54/2023, de 22 de mayo, que en aquel momento reconoció la novedad de la cuestión planteada que consistía en determinar si el derecho fundamental que prohíbe aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable (art. 25.1 CE), que resulta del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, comprendía las normas que regulaban la sustitución de penas privativas de libertad del artículo 88 CP en su redacción anterior a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 que derogó tal precepto (STC 54/2023, FJ 2). Se trata ahora de resolver si dicha prohibición se extiende también a las normas que regulan la sustitución de penas privativas de libertad por expulsión del territorio nacional del artículo 89 CP.

Nuestra respuesta fue positiva y reflejo de la progresiva evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo que respecta a España: SSTEDH de 15 de diciembre de 2009, asunto *Gurguchiani c. España*, y de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada c. España*), que –se decía– ha ido «ensanchando» el ámbito material del principio de legalidad penal en relación con la previsibilidad de la pena a cumplir para incluir supuestos que tradicionalmente se relacionaban con la fase de ejecución de la pena. Esta extensión obedece a la dificultad de deslindar la pena amparada por las garantías del principio de legalidad de su ejecución y, sobre todo, a la necesidad de evitar que se produzca una reducción de tales garantías mediante una injustificada diferenciación formal entre la pena y su cumplimiento [STC 54/2023, FJ 4 b)]. Por ello, la garantía inherente al principio de legalidad penal de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, exige entender que el marco normativo de la pena de aplicación previsible está integrado por la pena abstracta descrita en el

tipo delictivo y por las normas que determinan la pena a cumplir vigentes al tiempo de los hechos (STC 54/2023, FJ 6).

La mencionada STEDH de 15 de diciembre de 2009, asunto *Gurguchiani c. España*, § 40, 43, 44 y 47, en un caso muy semejante al presente, concluyó que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante diez años, tras aplicar el artículo 89 CP con una redacción más desfavorable –efectuada entonces por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en la nueva redacción– que la vigente al tiempo de los hechos violó el artículo 7 CEDH (principio de legalidad penal), en la medida en que el demandante fue sometido a una pena más grave que la prevista para la infracción por la que fue declarado culpable.»

(STC 111/2025, de 12 de mayo de 2025. Recurso de amparo 62-2024. Ponente: D. Ramón Sáez Valcárcel. BOE 18 de junio de 2025).

LEY ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 793.2

«Este Tribunal Constitucional ya ha dicho: «[L]a invocación de las vulneraciones de derechos fundamentales cometidas en la práctica de la diligencia probatoria es posible al menos al comienzo del juicio oral, en el entendimiento habitual en estos casos, conforme al cual, si bien es posible la alegación en el escrito de defensa, no estando expresamente previsto un trámite al efecto en la legislación procesal hasta el comienzo del juicio oral, bastaría con haber alegado la vulneración del derecho fundamental en dicho trámite al inicio del juicio oral (anterior art. 793.2, actual art. 786.2 LECrim)» (STC 132/2006, de 27 de abril, FJ 5, y en los mismos términos, STC 98/2024, de 3 de julio, FJ 1).»

(STC 31/2025, de 10 de febrero de 2025. Recurso de amparo 5242-2023. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 21 de marzo de 2025).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO
Prof. titular de Derecho penal y Criminología. UNED

ARTÍCULO 89 CP

Sustitución de las penas privativas de libertad. Expulsión del territorio nacional. Improcedencia.

En efecto, esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión litigiosa en la STS 277/2022, de 23 de marzo, en la que dijimos que «la naturaleza próxima a lo punitivo de la medida de expulsión obliga a neutralizar riesgos de exceso que pueden derivarse del nivel de efectivo cumplimiento alcanzado por la pena privativa de libertad cuya sustitución se ordena». Como afirmábamos en la STS 617/2010, de 22 de abril, «resulta evidente que cuando la pena está prácticamente cumplida en España con la aplicación del periodo de prisión preventiva sufrida, artículo 58 del Código Penal, no puede resultar pertinente la expulsión como sustitución de aquella, pues en ese caso la sustitución se transformaría en un incremento de la sanción uniendo una medida de seguridad a una pena ya cumplida».

Esta doctrina tiene su precedente en la sentencia del Tribunal Constitución número 145/2006, de 8 de mayo, en la que se consideró que acordar la expulsión cuando se había avanzado en el cumplimiento de la pena de prisión constituía una interpretación irrazonable del artículo 89.1 CP porque se produciría una acumulación sucesiva de las penas de prisión y expulsión. En efecto, cuando el penado ha cumplido una parte sustancial de la pena de prisión si se acuerda la sustitución por expulsión se reduce notablemente el objeto de la sustitución íntegra ordenada en la sentencia, comprometiendo el sentido material y funcionalidad de

la propia sustitución. No cabe siquiera considerar la aplicación del inciso segundo del artículo 89.1 CP que establece la posibilidad en penas de menos de cinco años de prisión de acordar la expulsión una vez cumplida parte de la condena, porque no es el supuesto de autos en el que se acordó la pena de prisión impuesta por expulsión cuando ya se había cumplido una parte muy sustancial de la pena.

(STS 851/2025, de 16 de octubre).

ARTÍCULO 95 CP

Medida de seguridad de internamiento. Doctrina del TEDH sobre los tres requisitos para privar de libertad a persona con trastorno mental, consistentes en pruebas médicas, tipo o grado que lo justifique y persistencia del trastorno para su continuidad. El tercer requisito exige la necesidad de la medida en el momento en que se ordena, no dándose en el supuesto concreto.

Ciertamente, la medida de seguridad privativa de libertad ordenada adolece de un significativo déficit de fundamento fáctico. No responde a las condiciones de imposición, cuando se trate de privar de libertad a personas con enfermedad mental, perfiladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 5.1 CEDH –*vid*. SSTEDH, caso, Inseher c. Alemania, de 4 de diciembre de 2018; caso Denis e Invirne c. Bélgica, de 1 de junio de 2021; caso M. B c. España, de 6 de febrero de 2025–. Programa de condiciones que, por otro lado, ha sido incorporado a la doctrina de esta Sala Segunda –*vid*. STS 291/2024–.

Como de manera contundente ha reiterado el Tribunal Europeo, una persona con trastornos mentales no puede ser privada de su libertad a menos que se cumplan las siguientes tres condiciones mínimas: primera, debe demostrarse de manera confiable, mediante pruebas médicas especializadas, que sufre un verdadero trastorno mental; segunda, el trastorno mental debe ser de un tipo o grado que justifique el confinamiento obligatorio; tercera, la validez del confinamiento continuo depende de la persistencia de dicho trastorno.

6. En cuanto a la primera condición, el Tribunal insiste en que las causas enumeradas en el artículo 5, párrafo 1, CEDH que habilitan para la privación de libertad deben interpretarse de forma estricta.

Con relación a la segunda, el Tribunal recuerda que para que una persona con enfermedad mental sea privada de su libertad el trastorno debe

ser de un tipo o grado que justifique el confinamiento obligatorio. Lo que acontecerá cuando este resulte necesario porque la persona necesita terapia, medicación u otro tratamiento clínico para curar o aliviar su condición o requiera control y supervisión para evitar que se cause daño a sí mismo o a otras personas –*vid.* SSTEDH, caso N. c. Rumanía de 28 de noviembre de 2017; caso Rooman c. Bélgica, de 31 de enero de 2019–.

Y respecto a la tercera condición, el Tribunal precisa que el momento relevante en el que debe establecerse de manera confiable la necesidad terapéutica del internamiento es la fecha de la adopción de la medida privativa de libertad. La validez del confinamiento depende, por tanto, de la persistencia del trastorno mental.

Sobre el alcance de este tercer presupuesto, la jurisprudencia del Tribunal ofrece valiosos ejemplos. Así, en el caso Herz c. Alemania, sentencia de 12 de junio de 2003, se consideró que un informe pericial psiquiátrico elaborado un año y medio antes de la fecha en la que debía tomarse la decisión judicial no bastaba por sí mismo para justificar una medida de privación de libertad. En el caso M. B c. España, sentencia de 6 de febrero de 2025, se estimó que la distancia de dos años entre el examen forense que identificó la enfermedad mental de la acusada y la constitución en sentencia de la medida de seguridad privativa de libertad tampoco satisfacía el estándar de evaluación sincrónica –con un similar alcance, SSTEDH, caso Magalhães Pereira c. Portugal, de 26 de febrero de 2002; caso H. W. c. Alemania, de 19 de septiembre de 2013–.

7. Es obvio, por tanto, que no basta que una persona sufra una enfermedad mental para concluir que será siempre y en todo caso peligrosa y, en esa medida, ordenar su internamiento. Ello supondría privar a las personas con enfermedades psiquiátricas de toda expectativa de disfrute con plenitud de sus derechos civiles. La persona con una patología mental sigue siendo titular del derecho a la libertad lo que se traduce en que su privación deba responder estrictamente a las finalidades penales específicas de control de su actual peligrosidad.

Como se previene en el artículo 14 1.b) de la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad, «Los estados asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás […] no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad» –*vid.* Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, elaboradas por el Comité de Derechos de Personas con discapacidad en la 14.ª sesión desarrollada en 2015–.

De ahí que, apreciada en sentencia la exención de responsabilidad criminal por trastorno mental, deba valorarse, con extremado rigor, si dicho trastorno proyecta, como se exige en el artículo 6 CP, un actual pronóstico de peligrosidad que justifique la adopción de algunas de las medidas de seguridad previstas en los artículos 101 a 106, todos ellos, CP. Y para ello debe disponerse de información rigurosa y actualizada que permita identificar las necesidades de intervención terapéuticas y de otro tipo que presten fundamento a la adopción de las medidas que procedan. Dicho mandato debe delimitar, siempre, el sentido y alcance de la cláusula de peligrosidad prevista en el artículo 95.1.2.º CP. Pasado el tiempo desde la comisión del hecho delictivo, ha de, insistimos, constatarse un riesgo cualificado y actual de comisión de nuevos hechos delictivos vinculado a la propia persistencia del trastorno mental como factor causal.

8. Pues bien, como anticipábamos, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, validado por el Tribunal Superior, imponiendo una medida de seguridad privativa de libertad, no se ajustó a las exigencias antes precisadas. En particular, a la tercera, la que exige que se compruebe la necesidad sincrónica de la medida al momento en que se ordena.

Ni la sentencia de instancia ni la de apelación contienen una evaluación específica del estado de salud mental del recurrente al momento del juicio oral a pesar de que habían transcurrido casi tres años desde los hechos. La lacónica justificación ofrecida no analiza, con base a informaciones periciales actualizadas, si su condición médica había mejorado desde ese día o si representaba un peligro actual y actualizado para sí mismo o para otros debido a su trastorno psiquiátrico. Se prescinde del análisis de toda la documentación clínica incorporada a la causa, a la luz, además, de las explicaciones ofrecidas por la psiquiatra Sra. Ángela que trató al recurrente antes y después de su internamiento no voluntario ordenado por el juez civil con motivo de los hechos. Como precisó la terapeuta en el acto del juicio, cesado el internamiento involuntario, durante el tiempo que mantuvo la relación asistencial hasta mediados de 2022, se aplicaron, a la vista de la evolución de la enfermedad, diferentes modelos de tratamiento –ambulatorio e internamientos voluntarios con salidas y contactos familiares [en el propio recurso formalizado en 2023, se precisa que el Sr. Teodosio se encontraba ingresado voluntariamente en una clínica]– y distintas pautas farmacológicas. La psiquiatra Sra. Ángela fue particularmente explícita al afirmar en la vista y a preguntas de las acusaciones que a dicha fecha –marzo de 2023– carecía de información actualizada para poder evaluar si el internamiento de

Narciso en centro cerrado era conveniente. En este punto, identificamos un error en la sentencia recurrida en orden a la recepción de la información probatoria facilitada por la Sra. Ángela pues esta no iba referida al momento actual –relativo a la fecha en que prestó declaración en el juicio–, sino al tiempo en que mantuvo la relación asistencial con el recurrente.

Lo anterior adquiere una importancia decisiva porque, en puridad, la única información médica con valor probatorio de la que se dispuso en la que se sostenía la necesidad del internamiento involuntario fue la recogida en el dictamen forense en el que se ratificaron los facultativos que lo elaboraron. Pero, y este dato resulta trascendente, dicha información se elaboró el 3 de noviembre de 2021, dieciséis meses antes del juicio. Como también precisaron los forenses en el acto del juicio, si bien la patología esquizofrénica diagnosticada al Sr. Teodosio reclama un seguimiento médico riguroso, este puede brindarse de manera ambulatoria. En este punto, los forenses indicaron que «les corresponde a los especialistas psiquiatras valorar [con relación al recurrente] qué grado de compensación tiene» (sic). Lo que reveló, también, que no disponían de información actualizada, a la fecha del juicio, sobre la evolución de la enfermedad diagnosticada al Sr. Teodosio.

9. La más que evidente asincronía entre el momento en que se elaboró la información médica tomada en cuenta y el momento en que se adoptó, en la instancia, la decisión de internamiento al amparo del artículo 101 CP, permite concluir que esta se asentó, fundamentalmente, en un juicio de peligrosidad en atención al estado mental del recurrente el día de los hechos, acaecidos casi tres años antes al juicio, y en la necesidad de internamiento concurrente a dicha fecha.

Lo que también arroja otra conclusión clara y ya anticipada: la imposición de la medida de seguridad no cumplió las condiciones mínimas que se derivan del artículo 5 § 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y que, por la cláusula de vinculación del artículo 10 CE, nutren también de contenido al artículo 17 CE –*vid*. STEDH, ya citada, caso M. B c. España que presenta intensas similitudes con el que hoy nos ocupa–.

10. La cuestión que surge es cómo reparar el gravamen. Los graves y prioritarios intereses en juego, marcados por la obligación positiva e ineludible del Estado de neutralizar la peligrosidad que para la vida e integridad física del propio Sr. Teodosio y de terceros puede derivarse del estado y evolución de su enfermedad mental, garantizando, al tiempo, su derecho a la libertad, obligan, como previenen los artículos 6, 95, 101 y 105, todos ellos, CP, a una evaluación muy rigurosa, sobre la base de una información médica fiable y sincrónica pro-

ducida en juicio, de la necesidad de adoptar medidas de seguridad y a justificar, en su caso, las razones para optar por una o algunas de las previstas en la Ley.

La adopción de una medida de seguridad penal de internamiento cuando ha transcurrido un largo periodo de tiempo desde el hecho sin una base sólida que identifique, por un lado, el concreto pronóstico de peligrosidad, que constituye, además, su genuino presupuesto, y, por otro, su necesidad terapéutica, puede producir gravísimas consecuencias disruptivas sobre la evolución y eficacia del tratamiento al que pueda estar voluntariamente sometido el enfermo.

La peligrosidad actual no puede presumirse por el solo dato de que la persona en su día, a consecuencia de la enfermedad, se mostró peligroso. Las medidas de seguridad privativas de libertad previstas para personas inimputables no pueden concebirse ni aplicarse con fines inocuizadores de un riesgo-patrón ínsito a la enfermedad mental diagnosticada ni, tampoco, como en otros modelos comparados, como una simple custodia de seguridad. Solo caben, insistimos, si se identifica riesgo actual y necesidad terapéutica para neutralizarlo.

11. Por otro lado, el cumplimiento de esta doble obligación de identificación en la fase de juicio y su proyección en la sentencia no ha de quedar condicionado o limitado por las reglas del acusatorio o por fórmulas generales de carga probatoria relacionadas con la acreditación de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Deben, por tanto, introducirse ajustes del procedimiento, modulaciones de las reglas de prueba y de desarrollo del proceso que permitan ofrecer una respuesta constitucional y convencionalmente orientada que cohoneste razonablemente con los altos intereses a proteger a los que antes nos hemos referido.

El proceso penal no puede, en estos casos, renunciar a la efectiva y adecuada protección de la persona con enfermedad mental que cometió el delito ni, tampoco, de aquellos que, a consecuencia del concreto y sincrónico estado patológico en el que aquella se encuentre, puedan estar en una situación de peligro para su vida o integridad física.

12. Lo dicho hasta ahora obliga, por un lado, a dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se constituía la medida de seguridad de internamiento y, por otro, a reenviar la causa al tribunal de instancia para que se convoque a las partes a una audiencia, cuyo objeto queda limitado a valorar la oportunidad, o no, de fijar medidas de seguridad y a concretar, en su caso, aquellas que resulten adecuadas. Como ajuste de procedimiento indispensable, al amparo del artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con discapacidad, podrán proponerse con dicha finali-

dad, y deberán practicarse –también por la vía del artículo 729. 2.º LECrim–, los medios de prueba que resulten conducentes.

(STS 1046/2025, de 17 de diciembre).

ARTÍCULO 127 CP

Decomiso. La concurrencia de multirreincidencia ya ha servido de base para la agravación de la pena impuesta. Esta circunstancia por sí sola no debe determinar, de forma automática y sin más fundamento, el comiso del vehículo, ya que la posibilidad de reincidir en el futuro cesaría tan pronto como el sujeto obtuviera el permiso de conducir, desconociéndose otras circunstancias personales concretas en el conductor que determinen su necesidad.

El artículo 385 bis CP, introducido mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha terminado con la discusión tradicional sobre si el comiso del vehículo era aplicable a los casos de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás, o bien podía ser acordado en todos los supuestos de condena por cualquiera de los delitos contra la seguridad vial previstos en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal.

Dispone el referido precepto que «El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128».

Así pues, a partir de esta Ley, es posible el comiso del vehículo de motor o ciclomotor empleado, no solo en la realización del delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás, sino también en los hechos previstos en el resto de los delitos albergados en el capítulo dedicado a los delitos contra la seguridad vial a través de la regulación general contenida en los artículos 127 y 128 CP.

Igualmente se ha puesto fin a la discrepancia existente a nivel doctrinal y jurisprudencial sobre si el vehículo de motor o el ciclomotor constituye en los delitos contra la seguridad vial alguno de los objetos decomisables que establece el artículo 127 CP (efecto del delito, bien, medio o instrumento con que se haya preparado o ejecutado éste, o ganancia proveniente de la infracción penal).

De esta forma, en la actual regulación es evidente que puede ser objeto de comiso el vehículo utilizado en todos los delitos contra la seguridad vial, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 127 y 128 CP, en principio, en los mismos términos que el comiso de otros objetos (efectos del delito, bienes, medios o instrumentos utilizados

para su preparación o ejecución, o ganancias obtenidas). Ello no obstante, las características de los mismos y su consideración legal como instrumentos del delito, así como la naturaleza de la infracción de la que son consecuencia accesoria, modelan necesariamente, como luego veremos, los criterios que deben dirigir su imposición y ejecución.

Llegados a este punto debemos referirnos a la naturaleza y alcance del comiso.

Sobre ello, señalábamos en la sentencia núm. 507/2020, de 14 de octubre, con cita de la sentencia núm. 134/2017, de 2 de marzo que «el Código Penal de 1995 considera el comiso como una "consecuencia accesoria" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP. suizo o CP. alemán) de establecer un tercer genero de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias"».

En la misma sentencia se excluía igualmente su consideración como una suerte de responsabilidad civil derivada del delito: «es cosa distinta de la responsabilidad civil "ex delicto", ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

Pues bien con independencia de esta naturaleza jurídica que implica que tal medida ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras (SSTS. 30.5.97, 17.3.2003), de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral (STS. 6.3.2001), y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTS. 28.12.200, 3.6.2002, 6.9.2002, 12.3.2003, 18.9.2003, 24.6.20 05), el problema puede surgir a la hora de determinar su exacta definición, partiendo de que la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito».

De esta forma, conforme constante doctrina jurisprudencial, el comiso se configura como una consecuencia accesoria, de naturaleza eminentemente sancionadora, al margen de las penas y de las medidas de seguridad, en relación con determinados delitos cuya finalidad es anular cualquier ventaja obtenida por la comisión del hecho delictivo y disfrutada por los autores y participes.

En el mismo sentido, la doctrina más autorizada entiende que su naturaleza se configura como tercera clase de sanciones penales.

Además, el fundamento de esta consecuencia accesoria en los delitos dolosos no ha sido puesto en cuestión en la medida que es absolutamente lógico desposeer al delincuente de los objetos obtenidos mediante el delito y confiscarle los instrumentos empleados para su comisión (SSTS 77/2007, de 7 de febrero; 154/2008, de 8 de abril; 32/2009, de 7 de enero; y 499/13, de 11 de junio).

Como consecuencia de lo expuesto hasta ahora, la decisión de comiso no atiende a los principios de prevención que corresponden a la pena, y su aplicación tampoco se compadece con los principios de proporcionalidad y divisibilidad propios de la aplicación de las penas, aun cuando el vigente artículo 128 CP introdujo la aplicación de estos principios permitiendo que los jueces o tribunales puedan no decretarlo o hacerlo parcialmente.

Así pues, la aplicación del comiso como consecuencia accesoria no puede estar condicionada por las reglas y principios a que están sujetas las penas y medidas de seguridad. Por ello le son ajenas tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal de un sujeto determinado. De esta manera, el Estado, en aplicación del ius puniendi, añade a la sentencia condenatoria un efecto adicional que consiste en hacer suyos los instrumentos que sirvieron para cometer un delito o privar de las ganancias obtenidas con el hecho punible al que resulte penalmente responsable. No se busca con el comiso desplegar efectos preventivos sobre el autor del hecho o procurar indemnizar a las víctimas por los daños causados. Los bienes caídos en comiso sufren una traslación de dominio por imperio de ley, más allá de los efectos punitivos y resarcitorios de la condena.

En nuestro Código, pese al tenor literal del artículo 127 CP, el comiso no es de aplicación preceptiva, atendiendo a la cláusula de proporcionalidad que, como antes expusimos, incorpora el artículo 128 CP. Precisamente, por no tratarse de una pena accesoria que ineludiblemente venga unida a la principal por disposición legal.

Conforme señala el Tribunal Constitucional (STC 219/2006, de 3 de julio de 2006), en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos de una consecuencia accesoria como el decomiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En consonancia con ello, ya hemos visto como la doctrina de esta Sala ha entendido que ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras, debiendo ser objeto de debate en el juicio oral. Igualmente hemos declarado de forma reiterada que la resolución en que se acuerde ha de ser adecuadamente motivada (SSTS 512/2017, de 5 de julio; 134/2017, de 2 de marzo; 877/2014, de 22 de diciembre).

Igualmente, el fundamento del comiso, cuando, como ocurre en el presente caso, en el que por disposición legal se considera el vehículo a motor o ciclomotor utilizado como instrumento del delito (art. 385 bis CP), es distinto a la de los efectos que provengan del hecho delictivo, pues se trata de sustraer aquello que ha resultado especialmente idóneo para la comisión del hecho delictivo y que puede serlo de nuevo para la comisión de nuevos delitos contra la seguridad vial.

Ello nos lleva a una primera conclusión: el primer parámetro que ha de ser valorado para la aplicación del comiso como consecuencia accesoria del delito en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, viene dado por el grado de peligrosidad de la cosa y la entidad del bien jurídico que ésta pone en peligro.

Lógicamente, y en íntima conexión con el anterior debe atenderse a la peligrosidad del sujeto y a la posibilidad de que vuelva a delinquir utilizando precisamente el vehículo.

Junto a ello deben tenerse en cuenta los parámetros previstos en el artículo 128 CP: la naturaleza o gravedad de la infracción penal cometida, y la satisfacción de las responsabilidades civiles, aun cuando tales circunstancias parecen en principio ajenas al fundamento del comiso de efectos e instrumentos del delito en los términos que han sido expuestos.

Por último, no debe olvidarse, en la imposición de la consecuencia accesoria que analizamos, las circunstancias concretas y singulares concurrentes en cada caso.

[…] En el supuesto sometido a consideración, el Ministerio Fiscal sustenta únicamente su petición en el hecho de que el acusado ha sido condenado en cinco ocasiones anteriores por los mismos hechos, utilizando el mismo vehículo, lo que le ha valido la apreciación de la agravante de multirreincidencia. De ello infiere la alta probabilidad de que aquel siga conduciendo sin recuperar la vigencia del permiso por los trámites legales. Entiende por ello que la disponibilidad del vehículo facilita la comisión de nuevos delitos.

De esta forma atiende únicamente a la posibilidad de que el condenado vuelva a delinquir utilizando el vehículo cuyo comiso solicita.

Nada refiere sobre la peligrosidad del vehículo, que no parece existir, o sobre la entidad del bien jurídico puesto en peligro. Tampoco sobre la naturaleza o gravedad de la infracción penal cometida, ni sobre las circunstancias concretas concurrentes en supuesto examinado, lo que sí ha sido valorado y razonado adecuadamente por la Audiencia Provincial.

De esta forma el Tribunal examina en primer lugar la concurrencia de multirreincidencia, la que ya ha servido de base para la agravación de la pena impuesta, entendido acertadamente que esta circunstancia

por sí sola no debe determinar, de forma automática y sin más fundamento, el comiso del vehículo, ya que la posibilidad de reincidir en el futuro en la infracción que nos ocupa cesaría tan pronto como el sujeto obtuviera el permiso de conducir. Téngase en cuenta además que la infracción por la que el acusado ha sido condenado no conlleva, a diferencia de otros delitos contra la seguridad vial, privación del derecho a conducir vehículos a motor.

Igualmente ha analizado la naturaleza o gravedad de la infracción, comprobando que en el actuar del acusado no parece demostrado que se haya creado un peligro concreto para la seguridad del tráfico. Tampoco ha hallado otros parámetros adicionales de peligrosidad objetiva o subjetiva en el hecho que puedan sustentar el comiso del vehículo.

Junto a ello se desconocen circunstancias personales concretas que determinen la necesidad del comiso.

En consecuencia, hemos de concluir con la Audiencia estimando que no aparecen justificadas razones que deban determinar el comiso del vehículo conducido por el acusado.

(STS 8/2025, de 16 de enero).

ARTÍCULO 130 CP

Caso expresidenta del Parlamento de Cataluña. Amnistía. Se rechaza la aplicación de la Ley de amnistía, en este caso de conducta claramente corrupta, pues ni el perfil, ni el desarrollo de una acción de gobierno, en la parcela administrativa que dirigía la recurrente permiten considerar que la conducta por la que ha sido condenada se enmarque en el «procés». No basta el alegado perfil netamente independentista y la dirección del mencionado organismo en el marco de un Gobierno con vocación netamente procesista.

Analizamos, como si de un primer motivo se tratara, la aplicación a la condena impuesta a la recurrente de la LO 1/2024, de 10 de junio de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña, en los términos en los que ha sido solicitada.

[…] El hecho probado de la sentencia objeto de la presente censura casacional, refiere una actuación de la Directora de la Institució de les Lletres Catalanes, adscrita al Departament de Cultura de la Generalitat Catalana, de quien recibe el encargo de elaborar una página para la divulgación de libros, dentro de la competencia del Departament, que tiene como objetivo fundamental el de la promoción de la literatura catalana y el fomento de la lectura.

Desde la perspectiva expuesta en el hecho probado ninguna relación tiene con el ámbito objetivo de la Ley Orgánica 1/2024, de amnistía, cuyo artículo 1 lo concreta en «los siguientes actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023, así como las siguientes acciones ejecutadas entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán», relacionando una series de supuestos, ninguno aplicable al hecho probado es objeto de la presente casación. La Exposición de Motivos identifica la finalidad de la Ley orgánica de amnistía en los términos que entresacamos «Con la aprobación de esta ley orgánica, por tanto, lo que el legislador pretende es excepcionar la aplicación de normas vigentes a unos hechos acontecidos en el contexto del proceso independentista catalán en aras del interés general, consistente en garantizar la convivencia dentro del Estado de Derecho, y generar un contexto social, político e institucional que fomente la estabilidad económica y el progreso cultural y social tanto de Cataluña como del conjunto de España, sirviendo al mismo tiempo de base para la superación de un conflicto político».

En el escrito de petición, aparte de referir la cobertura legal, con cita de resoluciones que amparan su adopción, expresa dos situaciones que, a su juicio, la hacen merecedora de la extinción de la responsabilidad pena en aplicación de la mencionada ley. De una parte, la concurrencia en su persona de un «perfil intensamente independentista», y, de otra, que desarrolló la dirección de la Institució «en el marco de un gobierno con vocación netamente procesista». Ni el perfil, ni el desarrollo de una acción de gobierno, en la parcela administrativa que dirigía la recurrente, permiten considerar que la conducta por la que ha sido condenada se enmarca en un contexto del denominado proceso independentista catalán. El hecho probado refiere una conducta consistente en una contratación administrativa, obviando las exigencias de la contratación administrativa, para facilitar una adjudicación directa a una persona, también condenada, que se beneficiaba de esa adjudicación directa, obviando la normativa administrativa dispuesta para asegurar la transparencia de la administración, transparencia que limite los casos de corrupción y afirme la igualdad de los posibles licitantes.

En ninguno de los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 1 de la LO 1/2024 puede encuadrase la conducta declarada probada, y tam-

poco la expresa la peticionaria del indulto, a excepción de la consideración de la existencia de un perfil intensamente independentista, que remite a una consideración propia de un derecho penal de autor y no un derecho penal de actos, que es lo reflejado en el hecho probado en el que refiere una conducta que ha sido subsumida en un tipo penal.

(STS 105/2025, de 10 de febrero).

ARTÍCULO 142 CP

Imprudencia. Tipicidad tras la LO 1/2015. Caracteres. Criterios de graduación. La diferencia entre la imprudencia grave y la menos grave reside en la dimensión o el peso de la conducta de desatención, lo que obliga a evaluar las posibilidades que el sujeto tenía para prevenir el resultado, o poder saber, y al grado de infracción del deber de cuidado, o deber de evitar.

Considerando una línea jurisprudencial que gradúa la punición de estos comportamientos por el desvalor de la acción y no por el desvalor del resultado, los trabajos parlamentarios condujeron a que no toda imprudencia con resultado muerte o de lesiones fuera incluida en el elenco de tipos penales, pero sí que merecieran reproche penal algunos otros supuestos además de la muerte por imprudencia grave (art. 142.1) o las lesiones necesitadas de tratamiento por imprudencia grave. En concreto se añadió la punibilidad de:

A. La causación de la muerte de otro por imprudencia menos grave (art. 142.2) y
B. La causación, también por imprudencia menos grave, de alguna de las lesiones agravadas recogidas en los artículos 149 y 150 del Código Penal.

[…] Surgió así la necesidad de definir el alcance jurídico de los conceptos de imprudencia grave, de imprudencia menos grave y de una despenalizada imprudencia leve reconducida a la culpa civil, particularmente por cuanto estas expresiones eran distintas de las que hasta entonces habían sido empleadas por el legislador para definir el alcance de los tipos penales, pues el Código Penal de 1973 utilizaba las expresiones de imprudencia temeraria e imprudencia simple (con o sin infracción de reglamentos) y el Código Penal de 1995, hasta la reforma que contemplamos, manejó las voces de imprudencia grave o de imprudencia leve.

Nuestra Jurisprudencia ha establecido que los elementos integrantes de la imprudencia son los siguientes:

a. Una acción u omisión que produzca –de manera no intencional– un resultado dañoso para el bien jurídico penalmente protegido, a partir de una relación causal que responda a los principios de un análisis lógico.

b. Que en esa conducta humana no intencional se aprecie una omisión de cuidado, bien por identificarse un actuar perezoso del sujeto activo que da lugar a esa falta de diligencia, bien por un defectuoso funcionamiento del intelecto. Consecuentemente el sujeto, sin querer ni aceptar un resultado que era evitable, no lo tiene en cuenta a pesar de que también era previsible (elemento de la culpabilidad).

c. Que esa desatención infrinja o transgreda determinados deberes de precaución que vengan impuestos por las normas generales de la convivencia social o que estén exigidos por las regulaciones específicas que rigen determinadas actividades (elemento de la antijuridicidad).

d. Por último, que la desatención, como desencadenante causal, justifique la imposición de una pena que se determinará según la entidad o grado de la culpa (elemento de punibilidad).

[…] Bajo estas premisas, hemos considerado tradicionalmente que la imprudencia es grave cuando incorpora el olvido o la desatención de las más elementales, básicas y obvias medidas de precaución. Se trata de una negligencia superlativa o máxima, con omisión de toda cautela o, como hemos dicho en alguna ocasión, con eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los cuidados más elementales o rudimentarios exigidos por la vida de relación, suficientes para impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes fundamentales que atañen a la convivencia y a principios transidos de alteridad.

En el otro extremo, hemos considerado que la imprudencia leve consiste en la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y contornean el supuesto concreto.

[…] Al evaluar la nueva categoría de imprudencia menos grave, hemos subrayado la existencia de varias posturas doctrinales. En primer lugar, la que identifica la actual imprudencia menos grave con la antigua leve. En segundo término, la de quienes consideran que es una imprudencia intermedia que se nutre de los de supuestos más graves de la imprudencia leve, pero sin detraer ninguno de la imprudencia grave, pues ésta se mantendría con el significado y la amplitud que

siempre ha tenido. Por último, quienes entienden que la nueva imprudencia menos grave exige necesariamente de cierta gravedad, de modo que se alimentaría únicamente de las conductas menos relevantes de las que han integrado tradicionalmente la imprudencia grave, quedando todas las demás imprudencias despenalizadas.

Nuestra jurisprudencia ha rechazado la primera de las posiciones, pues una completa equiparación entre la actual imprudencia menos grave y la que tradicionalmente veníamos denominando como imprudencia leve, anularía la despenalización de las faltas que sancionaban esos comportamientos y resultaría contraria a la previsión desarrollada por la LO 1/2015.

Hemos dicho también (STS 805/2017, de 11 de diciembre, en el caso Madrid Arena) que la nueva categoría de imprudencia menos grave tampoco debe integrarse en la significación tradicional de imprudencia grave y nutrirse sólo de las conductas más leves de ésta. De hecho, en nuestra Sentencia de Pleno 421/2020, de 22 de julio, resaltamos que el concepto jurídico de imprudencia grave es manejado en muchos delitos del Código Penal distintos del homicidio y de las lesiones por imprudencia, de modo que si la categoría de imprudencia menos grave que manejan los artículos 142 y 152 del Código Penal se nutriera con los supuestos menos exacerbados de entre los que antes integraban la imprudencia grave, en realidad estaríamos disminuyendo el ámbito de aplicación material de los demás delitos que manejan este concepto o, lo que resultaría inasumible, estaríamos optando porque el término imprudencia grave presentara un significado diferente para los distintos tipos penales que lo emplean. Con esta consideración dijimos en nuestra Sentencia de Pleno que la categoría de imprudencia menos grave había que construirla a base de dividir la antigua categoría de imprudencia leve en dos grupos: las imprudencias más graves de las antiguas leves y las restantes; una consideración que refleja también el devenir del procedimiento legislativo que hemos descrito anteriormente y el proceso por el que el legislador ensanchó la previsión punitiva inicialmente contenida en el proyecto de ley.

De otro lado, la diferencia entre la imprudencia grave y la imprudencia menos grave reside en la dimensión o el peso de la conducta de desatención, lo que obliga a evaluar las posibilidades que el sujeto tenía para prevenir el resultado («poder saber») y al grado de infracción del deber de cuidado («deber evitar»). El menosprecio o, incluso, el descuido y el olvido de aquellos cuidados que son elementales y básicos para que la circulación del tráfico rodado evite el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, sobrepasando

la mera falta de atención, determina la punición de la conducta como imprudencia grave o menos grave; asentándose la diferencia entre una y otra, no en la norma que regula una determinada conducta, sino en la importancia o relevancia del deber omitido de cuidado en función de las circunstancias del caso. Si la imprudencia leve es la simple omisión de la diligencia exigible, concurre la imprudencia menos grave cuando se desatiende un deber medio de previsión para la evitación de un riesgo en la actividad que se despliega, convirtiéndose en grave cuando el abandono de la previsión se muestra intolerable.

(STS 320/2025, de 3 de abril).

ARTÍCULO 139 CP

Asesinato para facilitar la comisión de otro delito. Apreciable. Con la muerte de su compañera sentimental, el acusado buscó una facilitación objetiva para los actos de despojo patrimonial que denodadamente intentó, y que consiguió culminar en parte. Robo en casa habitada. Inapreciable. Morador habitual de la vivienda donde se perpetró el despojo.

A partir de la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, a las circunstancias que tradicionalmente cualificaban el homicidio en asesinato –alevosía, precio, recompensa o promesa, y ensañamiento–, se ha incorporado una más en el número 4.º del artículo 139 «Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra».

En la STS 657/2018 de 1 de marzo, que por primera vez interpretó esta circunstancia, –y que también cita la sentencia recurrida– descartamos que la concurrencia de esta circunstancia con otro delito, el que se pretende cometer o el que se trata de ocultar, comprometiera el non bis in idem. Y aclarábamos «De una parte, la agravación del art 139.1.4 CP juega también cuando el otro delito no ha llegado a iniciarse. Cuando además de la finalidad, que es lo que determina la cualificación como asesinato, se comete el otro delito es necesario para abarcar el total desvalor de la conducta proceder a la doble punición…». También señalamos que el fundamento de tal agravación «no es la comisión de otro delito, sino la consideración del móvil que lleva a acabar con la vida de otra persona. Ese móvil determina al legislador a establecer un reproche superior, independiente de la sanción que pueda merecer ese otro delito que podría ser grave, menos grave, o leve. Siempre se penará aparte del asesinato.

Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprobable.». Y añadíamos «No estamos ante un delito complejo, –un delito de homicidio y otro delito en conexión– como ha llegado a sugerir alguien. No. El delito fin puede no haber llegado a ser cometido operando también la agravación. Es la finalidad, que se considera especialmente abyecta, la que cualifica el asesinato.

Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprobable». Doctrina reiterada entre otras en SSTS 649/2019, de 20 de diciembre; 77/2020, de 25 de febrero; 438/2021 de 20 de mayo».

En el mismo motivo se cuestiona la aplicación de la modalidad agravada del núm. 2 del artículo 242 CP, por haber ocurrido los hechos en casa habitada o en sus dependencias.

Defiende el recurso que esa modalidad agravada no debe apreciarse al ser Luis María morador habitual de la vivienda donde se perpetró el despojo.

La sentencia recurrida rechazó la alegación que ahora se reproduce incidiendo en el desvalor por la intimidad que acoge el lugar, que es donde se desenvuelve la vida de una persona.

La agravación locativa por cometer el delito de robo en casa habitada o en alguna de sus dependencias fue incorporada para el delito de robo con violencia e intimidación por la LO 5/2010, agravación que la LO 1/2015 amplio a los establecimientos o locales abiertos al público.

Esta agravación, trasvasada directamente desde la previsión de una cláusula idéntica en el artículo 241 CP para el delito de robo con fuerza, había sido ampliamente interpretada en este último contexto por la jurisprudencia de esta Sala, que identificó en ella un doble fundamento. La mayor peligrosidad proyectada en el posible riesgo para las personas dada su proximidad y posibilidad de coincidencia en el curso de la perpetración delictiva y el superior grado de antijuridicidad de la conducta que compromete al hogar ajeno, proyección de la intimidad de la persona y de su propia dignidad, y que conforma un espacio de seguridad para sus habitantes, con distensión y abandono de los naturales mecanismos de vigilancia y defensa (STS 853/2023 de 22 de noviembre).

También la jurisprudencia ha depurado lo que debe entenderse por casa habitada y sus dependencias (vid Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 15 de diciembre de 2016 y STS 972/2016, de 21 de diciembre).

Si bien las pautas jurisprudencialmente asentadas respecto al concepto normativo de casa habitada y sus dependencias, aunque fijadas

en relación al robo con fuerza, son perfectamente asumibles cuando están llamadas a operar sobre el robo violento o intimidativo, las que inciden en el fundamento de la agravación exigen matizaciones.

Ya hemos dicho que cuando de robo con fuerza en las cosas se trata, la sobreprotección viene dada por el peligro potencial para las personas y por el valor añadido de la intimidad domiciliaria.

Pero en la tipificación del robo violento o intimidativo el factor riesgo que tales modos comisivos entrañan para la vida, la integridad e incluso libertad de las personas, ya se valora con el correspondiente incremento de la pena en relación con la prevista para el robo con fuerza. Por lo que el fundamento agravatorio ahora se orienta de manera más intensa hacia la protección de la intimidad. Lo que en el panorama normativo inmediatamente anterior a la LO 5/2010 se canalizaba a través de la aplicación en régimen concursal del delito de robo del artículo 242 con el de allanamiento de morada.

Explicaba la STS 279/2022, de 23 de marzo, que el fin de protección al que responde la agravación típica por desarrollarse los hechos en casa habitada (art. 242.2 CP) «cuando se trata de robos con violencia o intimidación, no puede ser el mismo que presta justificación a la agravación en el robo con fuerza –la prevención del riesgo para la vida o la integridad física de los moradores que podrían aparecer por esas dependencias durante la comisión del delito patrimonial– pues en el robo violento o intimidatorio ese riesgo está presente en la ejecución de la propia acción».

De esta manera adquiere especial relevancia la protección de intimidad domiciliaria como espacio de privacidad, desde una perspectiva locativa. Una privacidad que comparten todos los que a modo de unidad familiar ocupan el domicilio, lo que mantiene extramuros de la agravación a quienes, en convivencia consentida con la víctima, comparten el mismo y la esfera de privacidad que acota.

Desde esta perspectiva, el criterio plasmado en la resolución recurrida, que avala la de instancia, no puede ser refrendado. Cuando, además, el especial desvalimiento en que se encontraba en este caso Rocío al ser atacada cuando estaba al abrigo de la intimidad de su propio domicilio, ya ha sido tomada en consideración como factor conformador de la alevosía apreciada.

Tampoco la tesis del Fiscal al impugnar el recurso, por mucho que resulte altamente sugerente, puede ser aceptada. Sostiene el mismo que la respuesta bien puede venir de la concurrencia de distintos bienes jurídicos para justificar la agravación del 242. 2°, en especial, la protección de ese espacio para la intimidad y privacidad, espacio en el que el recurrente se encuentra por una razón concreta: la relación de

afectividad con la víctima; relación que explica el hecho de que la víctima le hubiese permitido acceder a lo que su vivienda, lo que entiende que podría justificar un vicio en el consentimiento, pues se permitió el acceso a la vivienda con un proyecto de futuro que nada tiene que ver con la idea del recurrente en el momento de ocurrir los hechos. Aunque visto el desenlace de la convivencia cabe entenderlo así, nos enfrenta a elementos de tipicidad subjetiva en relación a la conciencia de ajenidad o retroacción del propósito depredatorio que reclama el robo, que el relato de hechos al que debemos sumisión, no nos proporciona.

(STS 702/2025, de 21 de julio).

ARTÍCULO 149 CP

Lesiones graves causadas de forma dolosa por un futbolista a otro jugador con una patada durante un partido. Resultado de lesión medular irreversible a la víctima, con una discapacidad del 80 % y una situación de dependencia total. Lo declarado probado no fue un «lance del juego», sino que fue una agresión con intención de lesionar. No cabe admitir una exclusión del derecho penal en agresiones dolosas en un terreno deportivo, fuera de un «lance de juego». «Riesgo permitido» en la actividad deportiva.

El hecho probado es delito del artículo 149 CP por el resultado lesional grave producido que consta en el factum y no es causa justificativa o eximente de responsabilidad que la conducta agresiva se haya producido durante un lance de un partido de fútbol, ya que las agresiones dolosas con intención de causar daño que, con ocasión de ello, se produzcan tienen su adecuada tipificación en el derecho penal, no en el disciplinario al tratarse de conductas típicas, como la que en este caso se declara probada, en la que un jugador de un equipo que había sido expulsado agrede después a un jugador en la forma tan violenta que se describe en los hechos probados y con un resultado tan grave como el producido.

Así, uno de los bienes que es más digno de protección es el de la integridad personal y el derecho que tiene todo ciudadano a protegerse de recibir un ataque de otro que le pueda afectar a su integridad personal, sea cual sea el lugar o lance del momento en el que ello pueda ocurrir. No existe justificación alguna en virtud de la cual un ciudadano puede agredir a otro de forma dolosa. Cuestión distinta es el choque por imprudencia, o descuido, del que se ocasionan unas lesiones.

Por ello, se ha expuesto por la mejor doctrina que la conducta deportiva que provoca lesiones y violencias conforme al reglamento, no contraviene el derecho, es decir, no lesiona el interés legítimamente protegido por el Estado (bienes jurídicos), de allí que el acto no sea punible. En realidad, se parte de la teoría de la «asunción del riesgo de la lesión», y ello debe ser así aceptado por los que son contendientes de la actividad deportiva y los que no lo son.

Pero las conductas de agresiones con dolo e intención de lesionar que puede obtenerse por la inferencia según «las circunstancias del caso» exceden del ámbito disciplinario o administrativo sancionador. Por ello, incide la doctrina que cuando se produce una lesión se está afectando a uno de los bienes jurídicos más preciados como es la integridad física de las personas, y ésta ha de tener una protección que se adecue realmente a la importancia del bien jurídico protegido en cuestión, más allá de las sanciones deportivas que a cada caso correspondan. Y ello se enraíza en el derecho penal, no en el deportivo sancionador. Y en este caso, dada la gravedad de la lesión causada en el artículo 149 CP.

Así, se diferencian las conductas en un partido de fútbol (u otra actividad deportiva de confrontación) que son consecuencia de la propia actividad deportiva en las que existen choques dentro del «lance del juego» y con ocasión del partido, de las agresiones «fuera del lance del juego» con intención de causar daño o lesión, a la hora de derivar éstas a la sanción penal y no solo deportiva.

Y la clave va a estar en lo que se denomina el «RIESGO PERMITIDO» que existe durante el desarrollo del encuentro y en los «lances del juego», pero no fuera de este contexto y al margen del mismo.

Y se añade que debemos recordar que el delito de lesiones, como todos los incluidos del título III del libro II del CP, es un delito de resultado. En esta clase de delitos tiene que existir, para la integración del tipo, una relación de causalidad entre la acción lesiva y el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que ha sufrido el sujeto pasivo. Y necesariamente para que se pueda sancionar penalmente al autor es preciso que tal lesión se haya producido de forma dolosa o, al menos, imprudente. Y esto es lo que en este caso se ha producido, ya que aunque el recurrente disiente del resultado y el origen en la conducta del mismo hay prueba suficiente reflejada en la sentencia que anudan esas consecuencias lesivas a la conducta del autor sin interferencias agravatorias del resultado en otras acciones distintas a la del recurrente. Él fue quien agredió a la víctima como consta en los hechos probados y él fue el causante de la grave secuela que le ha quedado.

Lo declarado probado no fue un «lance del juego», sino que fue una agresión con intención de lesionar.

Si tenemos en cuenta que lo que se trata de proteger como bien de los ciudadanos en los delitos de lesiones es la integridad corporal habrá que evaluar, no tanto cuál ha sido el resultado producido con la acción del deportista hacia el otro con motivo del juego, sino cuál fue su verdadera intención al realizar la conducta concreta. Porque el resultado grave de la lesión podría formar parte de una acción imprudente, pero ello no podría caracterizar por sí mismo que deriváramos el hecho a la jurisdicción penal, sino que habría que poner más el acento en la intención del sujeto al realizar su acción de contacto físico con el otro deportista y evaluar si hubo intención de causar daño directo o eventual, asumiendo que con su conducta el resultado podría ser el que fue en realidad.

La clave, pues, no se puede ubicar tanto en el resultado producido, sino en la intención del autor. Y en este caso era evidente la intención de lesionar.

La imprudencia como desvalor de la acción y descuido en la conducta que causa un resultado lesivo y/o dañoso no tiene cabida en el derecho deportivo en la represión penal de estas conductas. Nótese que ponemos el acento en acción descuidada y negligente, pero ello ya tiene una respuesta en el terreno de la infracción deportiva.

La clave está en si un deportista que acude a un terreno de juego debe asumir el riesgo de una agresión dolosa. Y la respuesta es negativa. No existe una asunción del riesgo a que otro deportista lesione a otro, si no es por un lance fortuito del juego. Incluso podríamos admitir que podría aceptarse a título de imprudencia, pero no a título de dolo directo o eventual; en cuyo caso, el deportista lesionado no acepta ni consiente con su participación en el juego que otro participante pueda agredirle con dolo directo o eventual de causarle una lesión.

Pero distinto es cuando la acción es dolosa, tendente a causar un resultado lesivo y se causa. La clave, pues, no estaría en el resultado, sino en la intención del autor, ya que esta sería la clave para que si el resultado estaría en los artículos 147, 149 o 150 se debería responder en el terreno del derecho penal, y no solo en la sanción deportiva.

No cabe admitir una exclusión del derecho penal en agresiones dolosas en un terreno deportivo, fuera de un «lance de juego». Si hay agresión dolosa con intención de lesionar «fuera del lance del juego» no cabe admitir una especie de «usurpación» de la sanción deportiva en el terreno disciplinario que excluya el campo del derecho penal, que es donde se sancionan estas conductas que son delictivas, y no meramente «infracciones deportivas». El terreno de juego deportivo

no es un lugar donde quepa agredir con intención de lesionar. Otra cosa es que en el «lance del juego» se produzcan hechos que, por el acaloramiento de la disputa deportiva, tienen su esfera sancionadora en el terreno deportivo disciplinario y no en el penal, que opera en lo que los anglosajones denominan «out of the game».

De esta manera, cuando el deportista actúa con dolo directo o eventual de lesionar fuera del lance del juego habría derivación al derecho penal de la actuación deportiva, y quedaría en el terreno de la sanción deportiva en el resto.

En este escenario, ello exigiría acudir al terreno de la inferencia, ya que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que «la intención no se puede fotografiar» y habría que concretar que esa intención debe obtenerse de la forma en que ocurre el suceso, de la conducta del sujeto, de la forma de la acción, de cómo se desenvuelve el lance del juego, y que en el terreno del deporte contamos con un factor de prueba que es fundamental, cual es la grabación de la secuencia completa de la acción desplegada que va a permitir contar con una prueba contundente mejor, si cabe, que el ojo humano, o los testigos, cual es la grabación de la imagen y secuencia completa del hecho, y que va a permitir concluir si en la acción desplegada existió dolo directo o eventual, o no existió, a fin de poder derivar el hecho a la vía penal o dejarlo en el terreno de la infracción meramente deportiva.

Por ello, la presencia, o no, del denominado animus laedendi (intención de lesionar) es determinante a la hora de castigar penalmente, o no, las lesiones producidas en el transcurso de cualquier partido.

Con ello, se pone el acento en el concepto de «lesión dolosa» que, indudablemente, participará, también, de una infracción deportiva en el ataque del autor del delito, por cuanto es la premisa básica para que exista delito al haberse primero infringido la norma deportiva, pero con una conducta que trasciende de la mera infracción deportiva para tener entrada en el terreno del derecho penal.

Sobre todo ello, la doctrina italiana creó la noción del delito deportivo para referirse a los sucesos con resultado grave en ocasión de un deporte. Pero insistimos que se parte del error de poner el acento en el resultado cuando éste debe resultar irrelevante a la hora de considerar si se trata de un delito en el deporte, o una mera irregularidad deportiva a sancionar por la federación deportiva correspondiente. La clave, como decimos, no está en la entidad del resultado lesivo, sino en cuál fue la intención del sujeto autor.

Y en este caso concreto fue clara la intención del autor tal y como se describe en el factum dando lugar a la condena por el delito del artículo 149 CP. No puede existir un «riesgo permitido» de que todo

pueda darse en la práctica deportiva, ya que ese riesgo a la lesión causada con dolo no se asume por los contendientes en el deporte.

No puede apelarse a una especie de teoría del «consentimiento individual del deportista lesionado» para que este hecho haya ocurrido, porque el deportista que ha tenido una lesión en la práctica del deporte no ha dado ni consentimiento expreso ni tácito a que un conteniente le agreda con dolo directo o eventual con clara intencionalidad de causarle daño y/o una lesión. El deportista lesionado no legitima ni autoriza a que le agredan. Da su consentimiento a competir, pero no a que le agredan, porque ello no está admitido ni concebido en el deporte.

Bajo este prisma cuando los deportistas salen a un terreno de juego en cualquier modalidad deportiva de «enfrentamiento» no están dando una especie de autorización sin límite a que utilicen su cuerpo en el desarrollo del deporte para poder agredirles con intención de lesionar. La lesión, o la conducta contundente, puede surgir como un desenlace del juego, o por caso fortuito y pueden concurrir ambos jugadores en un choque o golpe y uno de ellos resulte lesionado. Pero si en estos casos la lesión es un lance del juego motivado por un «encontronazo» no cabe acudir al delito de lesiones, pero la agresión dolosa con intención de causar daño no deviene justificada por ningún consentimiento, porque no existe el consentimiento de un deportista a otro a que le lesione con intención de hacerlo. Como decimos, la clave está en el RIESGO PERMITIDO, que es aquél que asume cualquier deportista de resultar lesionado «con ocasión de la práctica deportiva» y en ajenidad a un elemento intencional de que un contrario le cause una lesión de forma dolosa.

Su consentimiento es a la práctica deportiva y asume el riesgo de resultar lesionado en el ejercicio del deporte, pero no autoriza a que con intención dolosa otro deportista le acabe lesionando con expresa y manifiesta intención de hacerlo. Esto desborda que la respuesta se quede en el «derecho deportivo», porque la práctica del deporte no puede acabar legitimando que en un terreno de juego exista una especie de «cúpula de cristal» donde todo se pueda hacer con intención de causar lesión y con la pretensión de que el derecho penal mire hacia otro lado. Ello sería tanto como decir que en un terreno de juego de cualquier deporte existe una especie de principado donde todo se puede hacer vulnerando bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico y aislando al derecho penal para que no pudiera entrar en agresiones dolosas con intención de causar daño, bajo una especie de cobertura del principio de intervención mínima del derecho penal, al punto de que con la «sanción deportiva» quedara resuelto un hecho que es cons-

titutivo de delito si esa misma conducta de agredir a otro con intención de causar lesión se llevara a cabo fuera de un recinto deportivo.

Con ello, la «localización» del terreno de juego, y fuera del «lance del juego» no crea una especie de «urna de cristal intraspasable al derecho penal» si existe agresión con «intención de lesionar» clara y explícita.

Los jugadores en un deporte aceptan los riesgos inherentes a la actividad, lo que se conoce como el principio del «consentimiento implícito», y la teoría del «riesgo permitido», pero no hay una extensión a una especie de «consentimiento a que otro deportista les agreda con intención de causarles daño y lesionarles». La clave, como decimos, está en la intención obtenida por la inferencia y en el «riesgo permitido».

Puede existir un «riesgo consentido» por la víctima al practicar libremente la disciplina deportiva, pero no hay «riesgo consentido» a que lesionen a un deportista, profesional, o no, a que le lesionen con clara y explícita intención dolosa de hacerlo. El límite se posiciona en el «lance del juego», y puede, incluso, que en estos, y llevado por el acaloramiento del choque se produzcan acciones excesivas que puedan causar daño, pero ello lo es en «derivación del mismo lance del juego» y su sanción es deportiva, no penal, que queda «extramuros» del «lance del juego» y solo sometida a actuaciones dolosas con intención de lesionar y fuera de la propia acción deportiva.

Si esto ocurre, la acción y conducta del sujeto es típica en el delito de lesiones y antijurídica, así como culpable, porque no puede estar amparada en ninguna causa de justificación que mitigue, o anule, la culpabilidad del sujeto, y, por ello, la conducta es punible.

No puede hablarse de una especie de «ejercicio legal de un derecho a lesionar» ya que actuar en una competición deportiva no conlleva un derecho a actuar con intención de lesionar a un contrincante en esa práctica deportiva.

Actuar en una competición deportiva no conlleva un derecho a agredir con intención de lesionar a un contrincante en esa práctica deportiva, por lo que no resulta admisible que operen causas de justificación para poder amparar o dar cobertura exoneradora de responsabilidad a acciones realizadas con intención de lesionar a un tercero.

La clave estará en determinar lo que es el «lance del juego», la «lex artis», o el «caso fortuito»; es decir, todo lo que es ajeno al dolo de actuar agrediendo dolosamente al contrario con la intención de lesionar, aunque lo cause, o no, ya que la clave del ilícito va a estar en la acción de intentar lesionar, el «animus laedendi», más que el resultado, aunque la punición se fije en atención a cuál es el resultado. Pero si nos movemos en el terreno de si el reproche es disciplinario o penal

nos tendremos que mover en el terreno de la acción más que en el resultado; es decir, acerca de cuál fue la idea que movió al deportista a actuar de esta manera concreta como lo hizo.

Así, si la lesión ocurre durante una jugada que está dentro de las reglas del juego, no se considera un delito ni una responsabilidad penal, ya que el riesgo es parte de la actividad deportiva.

[…] Con todo ello, si el hecho ocurre fuera de «un lance del juego» y se desprende del hecho probado, como aquí consta, que se trató de una agresión evidente en un golpe doloso y con clara intención de agredir, no es el resultado lo que determina el ilícito en sí mismo considerado, sino la intención del autor. Otra cosa es que el resultado determine la ubicación concreta en uno u otro tipo penal dentro del delito de lesiones por su resultado, pero la clave es evaluar la intención del autor, para lo que puede ayudar en su resolución si el hecho fue «al margen de un lance del juego», que es lo que en este caso ocurrió.

Por ello, no es delito si la lesión ocurre dentro de las reglas del deporte como «lance del juego», y es un riesgo inherente de la actividad.

No cabe permitir que el deporte sea una especie de «paraguas» para utilizarlo atacando el bien jurídico de la integridad física de las personas que, como deportistas, también tienen derecho a obtener la tutela y protección del ordenamiento jurídico para no considerar las dimensiones de un terreno deportivo como centro de operaciones donde no opere la «gravedad del derecho penal».

No cabe, por ello, una protección del ordenamiento jurídico, ni una exclusión de afectación al bien jurídico protegido de la integridad personal, basándose en la existencia de un espectáculo deportivo y con ocasión de una acción en el mismo.

Señalar, por último, que a estos criterios ya recurrió esta Sala del Tribunal Supremo en dos sentencias en las que se condenó por la vía penal. Así, cabe citar la sentencia de esta Sala 2.ª del Tribunal Supremo de fecha 1 de Junio de 1951, en la que el defensa de un equipo que perdía por 5 goles a 1 propina a un jugador del equipo contrario una patada, fruto de su frustración y desolación, provocándole una rotura de hígado y riñón. En este supuesto, esta Sala entendió que no hubo intención de jugar el balón, teniendo lugar una clara infracción del reglamento deportivo y, por ello, condenó al agresor por un delito de lesiones. Posteriormente, esta Sala 2.ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de Octubre de 1992 señaló que en materia de juegos o deportes la idea de riesgo que cada uno de ellos pueda implicar –roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.–, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que

de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas. En la misma línea, Audiencia Provincial de Asturias, Sección 8.ª, Sentencia 82/2024 de 7 May. 2024, Rec. 12/2024.

Estas dos sentencias de esta Sala han sido referente en materia de lesiones deportivas, aunque habrá que estar al caso concreto como en la presente conducta del autor con clara intención de causar daño al contrario.

La clave estará en el «riesgo permitido» para referirnos al «aceptado» por el deportista que compite en un terreno de juego para que opera como una especie de «consentimiento informado en la práctica del deporte» a sufrir una lesión por una acción del contrario que está enmarcada en un «lance del juego» y con ocasión del mismo. Se asume sufrir una lesión, porque el deporte es una actividad del riesgo y en la gestión de ese riesgo está la asunción de la lesión como una consecuencia inherente a la práctica del deporte, pero no es «riesgo permitido» la agresión recibida por el contrario en una acción fuera del «lance del juego», que queda fuera de la sanción deportiva y entra en el campo del derecho penal.

Se pueden fijar, así, como criterios orientativos:

1. La práctica de una actividad deportiva de competición no es un habilitante o una eximente o atenuante analógica de responsabilidad penal para que un deportista pueda agredir a un contrario en la práctica de un deporte, con intención de causar daño o lesión. La competición deportiva no es un título legitimador para la comisión de un delito de lesiones.
2. El hecho de que la agresión intencionada se produzca durante la práctica de una competición deportiva, pero fuera del lance del juego, no supone la aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal y la derivación a la sanción deportiva.
3. Hay que acudir para evaluar la ilicitud penal a la intencionalidad de la acción, –que se deduce por la inferencia– más que el resultado, el cual permitirá configurar la tipicidad concreta, pero una vez que se haya predeterminado la ilicitud penal del hecho por el ánimo de lesionar en la conducta del autor. Así, la presencia o no de animus laedendi (intención de lesionar) es determinante a la hora de castigar penalmente, o no, las lesiones producidas en el transcurso de cualquier encuentro deportivo.
4. Es delito de lesiones si la agresión supere el nivel de riesgo asumido por la víctima y se encuadra en los elementos del delito de lesiones en cualquiera de sus modalidades de los artículos 147 y ss. CP.
5. La normativa en materia de sanciones deportivas ante una agresión intencionada para causar lesión no supone un «escudo» para

derivar el hecho a la vía disciplinaria deportiva, al existir prejudicialidad penal.

6. No puede hablarse de una especie de «ejercicio legal de un derecho a lesionar» ya que actuar en una competición deportiva no conlleva un derecho a actuar con intención de lesionar a un contrincante en esa práctica deportiva.

7. La práctica del deporte no puede acabar legitimando que en un terreno de juego exista una especie de «cúpula de cristal» donde todo se pueda hacer con intención de causar lesión y con la pretensión de que el derecho penal mire hacia otro lado.

8. No resulta admisible que operen causas de justificación para poder amparar o dar cobertura exoneradora de responsabilidad a acciones realizadas con intención de lesionar a un tercero fuera de un lance del juego.

9. No cabe apelar en estos casos a la eximente del artículo 20.7 CP cuando existe intención de lesionar al contrario. El ejercicio de la práctica deportiva no convierte en impunes las conductas que reúnan los requisitos del delito de lesiones al no existir amparo en la competición deportiva para utilizarla como «ejercicio de un oficio» que se utilizaría como «excusa» para delinquir.

10. La clave estará en el «riesgo permitido» para referirnos al «aceptado» por el deportista que compite en un terreno de juego para que opere como una especie de «consentimiento informado en la práctica del deporte» a sufrir una lesión por una acción del contrario que está enmarcada en un «lance del juego» y con ocasión del mismo. Se asume sufrir una lesión, porque el deporte es una actividad del riesgo y en la gestión de ese riesgo está la asunción de la lesión como una consecuencia inherente a la práctica del deporte, pero no es «riesgo permitido» la agresión recibida por el contrario en una acción fuera del «lance del juego», que queda fuera de la sanción deportiva y entra en el campo del derecho penal.

En este caso se trató de una acción fuera de un «lance del juego» y supone la vis atractiva del derecho penal por encima de la sanción deportiva.

(STS 379/2025, de 30 de abril).

ARTÍCULO 172 CP

Coacciones. Inexistencia de delito. Madre que impide de manera reiterada la comunicación y contacto de su expareja con el hijo común y

lleva a cabo actividades tendentes a imponerle su voluntad sobre la custodia del mismo. Ausencia del elemento típico de la violencia o intimidación, entendida como acto de intimidar, de amenazar, asustar o atemorizar a otro, es decir, la vis compulsiva ejercida sobre el sujeto pasivo.

La condena que se pretende por el recurrente es el delito de coacciones, y hemos declarado que la protección de la libertad amparada en el artículo 172 del Código Penal castiga la conducta de quienes impidan a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compelan a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, imponiendo las penas en su mitad superior cuando tal coacción tenga por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

Los requisitos tipológicos que configuran las coacciones se resumen en: 1) Empleo de violencia con una cierta intensidad, que comprenda alguna de las tres posibles modalidades de «vis physica», «vis compulsiva» o intimidación, o bien, con alguna modulación, «vis in rebus»; 2) Dinámica comisiva dirigida a impedir hacer o compeler a efectuar; 3) Relación de causalidad entre ambos elementos; 4) Elemento subjetivo, determinado por la finalidad de atentar contra la libertad, como ánimo tendencial de restringir la libertad ajena; y, por último, 5) Ausencia de autorización legítima para obrar de forma coactiva.

El delito se consuma en el mismo momento en que se compele a realizar lo no querido o a impedirle hacer lo que desea (STS 595/2012, 12 de Julio). Se trata de una conducta violenta dirigida al constreñimiento de la voluntad y el resultado y la consumación se producen cuando empleado el medio se ha producido la coerción sobre la voluntad ajena (SSTS 984/1995, de 6 de octubre, 1382/99, de 29 de septiembre y 1523/2000, de 7 de octubre).

[…] De los hechos probados resulta una discrepancia en la guarda y custodia del menor, y un deseo de la madre, la aquí acusada y recurrida, de querer instrumentalizar a su hijo, pero esto, aun siendo ciertamente reprochable, todavía no puede traspasar los muros del derecho penal, porque lo impide la mecánica comisiva que se diseña en el artículo 172 del Código Penal, que exige fuerza para compeler al sujeto pasivo a comportarse de un modo no querido por él.

Si analizamos los hechos probados, narran la ruptura de la pareja y la existencia de un hijo común, llamado Justo.

A pesar de afirmarse que la acusada ha venido impidiendo de manera reiterada la comunicación de Florian con su hijo, y llevando a cabo múltiples actividades tendentes a imponer su voluntad sobre Florian, tratando de conseguir por una parte que abandonara el domicilio

familiar y la firma de unos términos ventajosos en relación con la custodia del hijo menor, impidiendo la relación del menor con su padre como forma de instrumentación para tal fin, es lo cierto que no se describe adecuadamente el empleo de la fuerza necesaria, fuera de expresiones genéricas como que no entrega el menor al padre, «manteniendo de nuevo al padre un periodo de 17 días incomunicado con su hijo, salvo llamadas puntuales que pudo realizar». Más adelante, se relata que la acusada «llegó a decirle a Florian que si quería ver a su hijo, firmara un acuerdo renunciando a la custodia».

Relata la Sentencia en sus hechos probados que el padre se vio así compelido a firmar una serie de documentos que se citan sobre «las imposiciones de la acusada para poder ver a su hijo», sin más detalles al respecto.

Únicamente se describe el hecho siguiente:

«En fecha 25 de junio de 2017, la acusada impidió a Florian acceder al domicilio familiar, abalanzándose sobre él desde la oscuridad, cuándo éste entró, asustándole y tratando de cerrar la puerta, intentando Florian mantenerla abierta, para que estuviera presente el testigo que había llevado para protegerse».

Para llegar al resultado absolutorio que decreta la Audiencia, emplea tal órgano jurisdiccional el siguiente razonamiento:

«En cualquier caso, resulta elemento esencial y constitutivo de las coacciones en las que concurre la intimidación o "vis phyquica" que exista el anuncio o la advertencia de un mal como perjuicio inminente y la causación de miedo o temor en su destinatario. Pretender ostentar un mejor derecho para el ejercicio de la guarda y custodia del hijo común, o ejercitar dicha facultad de manera exorbitada, cuando las partes no acuden al ámbito judicial para que dirima sus diferencias y establezca de forma clara y definitiva los términos de la comunicación con el hijo común, no supone limitar propiamente la libertad de decidir del denunciante, en el sentido que exige el tipo de la coacción, sino una situación interina de falta de acuerdo con ejercicio abusivo de un derecho por una de las partes que lo ostentan, en detrimento de la otra. En ese periodo de falta de acuerdo para una relación normalizada con el menor, tratar los términos de la guarda y custodia, llegando a proponer situaciones objetivamente perjudiciales para uno de los implicados, no puede interpretarse como una amenaza eficaz en orden a llegar a integrar el tipo penal, sobre todo, en su manifestación más grave, que es la que recoge la sentencia apelada que sólo refiere la intimidación en los hechos probados como conse-

cuencia de las trabas en la comunicación con el hijo y no con la descripción de un elemento de constreñimiento concreto, más allá de lo que describe como el efecto de la coacción y no la causa: el propio impedimento de comunicar con el menor».

En este razonamiento coincide de igual forma el Ministerio Fiscal, en esta instancia casacional, resaltando que no se da el elemento típico de la violencia o intimidación (entendida como acto de intimidar, de amenazar, asustar o atemorizar a otro, es decir, la vis compulsiva ejercida sobre el sujeto pasivo). Y apostillando que, existiendo, como es el caso, la vía jurisdiccional civil en los Juzgados de Familia, al amparo de lo dispuesto en los artículos 770.6 y 771 de la LEC, que establecen la adopción de medidas previas a la interposición de la demanda (las antiguas medidas provisionalísimas), la vía de la tipificación de este supuesto como delito de coacciones parece extramuros del tipo penal.

Nosotros, sin embargo, no podemos condicionar la inexistencia de delito porque exista en el futuro una vía civil de eventual prosecución, en tanto que el delito puede cometerse antes de que se judicialice un asunto, y con independencia de tal contingencia, porque sanciona acciones de compulsión violenta, que no pueden quedar neutralizadas por el futuro encauzamiento por la vía judicial que resulte pertinente. Dicho con otras palabras, el delito de coacción se puede cometer aun antes de compeler a la otra parte a acudir a los tribunales, pues no depende de ello, sino de la fuerza física empleada para conseguir del resultado antijurídico de imponer conductas no queridas.

De modo que, en nuestro caso, la situación, no hay duda alguna, es conflictiva, pero ello no permite naturalmente a las partes, tomándose la justicia por su mano, iniciar una vía de hecho.

Hay cauces legales y de acercamiento amistoso entre las partes (la mediación es uno de ellos) que posibilitan la resolución de los conflictos, fuera de todo enfrentamiento violento.

Pero hemos dicho que la compulsión que requiere el tipo penal es de naturaleza de vis physica, intimidación, o también, en ciertos supuestos excepcionales, de vis in rebus, pero en nuestro caso, salvo el episodio final que es más propio de un encontronazo ocasional entre las partes enfrentadas, padre y madre del menor, que de la comisión de un delito, máxime cuando no se narra el final, esto es, si finalmente se llegó a realizar la comunicación pretendida con el menor, o se impidió ésta. Dicho con otras palabras, nos faltan datos en la descripción de los hechos para llegar a la aplicación del derecho penal. Por ello, el motivo no podrá ser estimado.

(STS 1023/2025, de 11 de diciembre).

ARTÍCULO 180 CP

Agresión sexual. Acceso carnal no consentido. El acusado obligó a su pareja a someterse a prácticas vejatorias, bajo amenaza de difundir vídeos de actos sexuales consentidos entre ambos grabados sin el consentimiento de la mujer. Subtipo agravado de intimidación por uso de un clima de temor que anula toda capacidad de resistencia.

En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis phisica o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima.

El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que –sobre no conducir a resultado positivo–, podrían derivarse mayores males.»… En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio».

Por ello la línea diferencial entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual queda verificado por la concurrencia o no de violencia o intimidación. En ambos casos, evidentemente, no hay consentimiento. La violencia es un acto claro de empleo de la misma sobre el cuerpo de la víctima, no exigiéndose un acto causante de una lesión, sino el empleo coercitivo, utilizando un movimiento sobre una parte del cuerpo de la víctima por el que intente vencer su voluntad, como puede ser cogerle de las manos de forma fuerte para vencer su resistencia a llevar a cabo el acto sexual, o ponerse encima de la víctima tras haberla arrojado al suelo. No se exige un resultado lesivo con el empleo de la violencia, sino su mero uso sobre alguna parte del cuerpo de la víctima para someterla y vencer su oposición, por lo que valdría cogerle por las muñecas o brazo de forma fuerte para que no se pueda mover, o esca-

par y atacar a su libertad sexual. Mientras tanto, en el abuso sexual no hay ningún empleo de violencia o intimidación. De ahí que esta Sala del Tribunal Supremo haya señalado en SSTS 396/2018, de 26-7; 610/2018, de 3-12; 3/2019, de 17-1, que cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido con significado 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.

Nótese que en estos casos no estamos exigiendo ni violencia ni intimidación para llevar a efecto ese acto, por lo que el caso típico son los meros tocamientos en parte sexual, pero sin violencia o intimidación, por lo que si ese acto de ataque a la libertad sexual se lleva a cabo con actos ejecutivos contra la voluntad de la víctima, pero que impliquen violencia o intimidación nunca podrá tratarse de meros abusos sexuales y sí de actos de agresión sexual. El empleo de la violencia se evidencia por:

1. Ausencia de consentimiento de las víctimas, manifestada claramente en los hechos probados.
2. Empleo de violencia o intimidación.
3. Actos que suponen ataque a la libertad sexual de la víctima.

Si en los ataques a la libertad sexual existe también la ausencia de consentimiento, pero no se emplea violencia o intimidación, el acto integra un delito de abuso sexual.

La STS 145/2020, de 14-5, precisa las características de la intimidación típica. Incluida la ambiental. Elabora con precisión el concepto de violencia emocional. Lo hará con estas expresiones:

«En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis physica o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles

o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que –sobre no conducir a resultado positivo–, podrían derivarse mayores males».

Igualmente en la STS 282/2019, de 30-5, hemos señalado que el concepto del vencimiento psicológico propio de la intimidación, recordando que: «la emotional violence» anglosajona, o «violencia emocional», es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea «evidente» ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa «violencia emocional» de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Estas formas de actuar son lo que se concibe como «intimidación», y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una «fuerza no física», sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito…- En la «intimidación», vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.

El juicio de voluntades es mutuo en el acceso carnal, no unilateral por el propio agresor, ya que esta unilateralidad del acto unido al empleo de violencia e intimidación, como en este caso ocurrió, es lo que determina la existencia de la agresión sexual, y no el abuso.

Señala la doctrina que la intimidación, según el Diccionario de la Real Academia, equivale a «causar o infundir miedo», se trata de la llamada vis psicológica y consiste en amenazar con un mal mediante palabras, gestos u otros procedimientos, debiendo provocar temor en el destinatario, del que se aprovecha el agente para la perpetración de la agresión.

Como han puesto de manifiesto, entre otras, las SSTS de 18 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993 y 25 de marzo de 1994, la

violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva.

Supone por tanto un constreñimiento psicológico, o una amenaza de palabra u obra de causar un «daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega».

En el supuesto que se analiza, existió intimidación de una víctima especialmente vulnerable y sumisa, a la que se introdujo en un contexto sexual no deseado, abusando de su cultura de aceptación y resignación, intimidándola con distribuir en redes sociales vídeos de sí misma manteniendo relaciones sexuales, lo que motivó en la víctima un temor tan profundo por la degradación que su imagen sufriría, que contra su voluntad soportó las penetraciones por el año y vaginal que la imponía el recurrente.

La utilización de guantes, palo de escobilla y un rodillo de amasar el pan y su introducción por el ano, evidencian la violencia del acto sexual impuesta y no aceptada. Negada la complacencia y el agrado, la utilización de esos útiles e instrumentos evidencia la imposición del encuentro sexual.

Como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, «la contemplación de los vídeos y el llanto y súplica de la mujer, las lágrimas de la víctima que pedía la eliminación del rodillo, y sus palabras "sácalo por favor", "mucho dolor" "déjame tranquila", revelan la violencia e intimidación de la asimétrica y brutal relación. Las secuelas psicológicas, también. La víctima fue amenazada, intimidada y violentada».

(STS 1030/2025, de 12 de diciembre).

ARTÍCULO 187 CP

Explotación de la prostitución. Inexistencia de delito. Acusados que favorecieron el ejercicio de la prostitución de la denunciante para de esa forma obtener los máximos beneficios y vivir a sus expensas.

Este precepto admitía dos interpretaciones posibles, como señaló la STS 552/2015, de 23 de septiembre. Una en clave abolicionista de

la prostitución que llevaría a sancionar con aquellas penas a todo el que, en cualquier caso, obtuviera un beneficio económico del ejercicio de la misma por otra persona, incluido, por tanto el voluntario. Y otra que, partiendo de la conexión normativa de las dos conductas típicas mencionadas en el artículo 187 CP, integraba la segunda con la primera reservando la sanción, de manera exclusiva, para la explotación del ejercicio no libre de la prostitución ajena.

La clave interpretativa de este precepto estaba en el vocablo «explotación» y señaló esta Sala que no bastaba con que el sujeto activo obtuviera un beneficio de la prostitución ejercida por otra persona sino que lo hiciera mediante explotación, entendiendo por tal cuando el lucro se asocia a la actividad de una persona que ha sido determinada, es decir, forzada o constreñida a prostituirse en alguno de los modos relacionados en el primer inciso del artículo 187 CP que son la violencia, la intimidación, engaño, el abuso de superioridad, el abuso de una situación de necesidad, o el aprovechando la vulnerabilidad de la víctima.

El Legislador, a la vista de esta interpretación jurisprudencial, consideró necesario precisar el concepto de explotación y lo hizo mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En su Exposición de Motivos se justificó la modificación legislativa «con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Con este fin, se sanciona separadamente el lucro de la prostitución cuando concurran determinadas conductas que evidencien una situación de explotación, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había exigido unos requisitos para la apreciación de la exigencia de esta situación similares a los que se aplican en el ámbito de actividades laborales reglamentadas, lo que imposibilitaba en la práctica su persecución penal».

En el texto normativo se precisó que concurría la situación de explotación cuando la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad personal o económica y cuando se le impongan condiciones de ejercicio de la prostitución gravosas, desproporcionadas o abusivas.

En este caso el lucro de los acusados se concreta a partir de 2013, cuando la denunciante se instaló en la vivienda de Barcelona y quedó embarazada hasta febrero de 2017. En ningún momento se afirma que la denunciante estuviera en situación de vulnerabilidad personal o económica o que ejerciera la prostitución en las perjudiciales condiciones a las que se refiere el precepto citado. Se sanciona a los acusados simplemente porque favorecieron el ejercicio de la prostitución de la denunciante para de esa forma obtener los máximos beneficios y vivir a sus expensas, pero esa conducta, siendo del todo reprobable, no es constitutiva de delito.

La relación de pareja emerge con especial significación, en ese contexto. El hecho de que el acusado conociera el ejercicio de la prostitución de su compañera, anterior incluso a la relación entre ambos y que prosiguió una vez cesó la misma, y que los ingresos de esa actividad fueron los únicos que nutrían la convivencia familiar, no es suficiente para colmar la tipicidad en los términos que hemos expuesto. Tipicidad que se diluye en mayor medida en quien se dedica a cuidar al hijo de la denunciante para que ésta pudiera dedicarse al ejercicio de la prostitución, sin mayor especificidad.

(STS 301/2025, de 31 de marzo).

ARTÍCULO 301 CP

Blanqueo de capitales por imprudencia. Prestar el teléfono para recibir cantidades de dinero mediante Bizum, sin conocer ni representarse su origen delictivo o detallarse la diligencia mínima infringida, no integra el delito de blanqueo de capitales por imprudencia.

Con respecto al primer gravamen, hemos de reiterar (STS 21 de enero de 2021) que el injusto imprudente del delito de blanqueo reclama concretar o referenciar determinativamente el incumplimiento de dos deberes normativos principales relacionados en términos de interdependencia condicionada: uno, el deber de evitación del resultado de favorecer una precedente actividad delictiva mediante alguna de las acciones que se describen en el tipo objetivo del artículo 301.1° CP; otro, el deber de activar los mecanismos instrumentales de comprobación, indagación y representación sobre el origen del bien o el dinero recibido.

Siendo el incumplimiento de este segundo requisito la consecuencia de una conducta gravemente descuidada del agente, la que da esencia al blanqueo imprudente (tipo, por lo demás, habitualmente doloso), pero que el legislador ha querido también incluir en él los comportamientos más indolentes, bajo la fórmula del blanqueo imprudente, incluyendo la gravedad en su conducta, y salvaguardando el bien jurídico protegido por la norma.

Ahora bien, como toda fórmula de injusto imprudente debe examinarse la capacidad individual del agente de advertir y evitar el peligro. Para responder penalmente por un delito imprudente, la persona debe no solo haber introducido un peligro no permitido que se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma. Además, la creación del peligro no permitido y el nexo o conexión con el fin de protección,

deberían haber sido advertidos subjetivamente por el autor y el resultado, en consecuencia, poder haber sido también evitable.

La imprudencia se determina, por tanto, con arreglo a un doble baremo: por un lado, debe preguntarse qué comportamiento era el objetivamente debido en una determinada situación de peligro de lesión del bien jurídico. Y, por otro, si este comportamiento puede ser exigido al autor atendidas sus características y capacidades individuales.

Lo anterior comporta, de forma necesaria, identificar los concretos deberes de previsibilidad que obligaban a quien introdujo el riesgo desaprobado y, desde luego, las condiciones personales y situacionales para cumplirlos.

Pero no solo. La exigencia típica de gravedad de la conducta imprudente exige una valoración cuantitativa y cualitativa del grado de incumplimiento para lo que resulta necesario atender tanto a los contenidos de los respectivos deberes relevantes y la eficacia causal de su incumplimiento en la producción del resultado como a las concretas y situacionales condiciones de exigibilidad –*vid*. al respecto, STS 997/2013, de 19 de diciembre, que analiza con detalle, desde la perspectiva de la exigibilidad individual, un supuesto de blanqueo de capitales imprudente–.

Lo que, insistimos, no puede hacerse desde una aproximación presuntiva y generalista. Lo prohíben los principios constitucionales de presunción de inocencia y de culpabilidad.

En el delito de blanqueo por imprudencia las preguntas sobre por qué el agente pudo prever, por qué hubiera podido y debido prever el resultado, deben responderse analizando todos los planos de imputación: el fáctico-causal y el normativo.

Y esto es lo que se echa en falta en este caso.

Debe identificarse, a partir de la prueba practicada en el plenario, de qué información dispuso efectivamente el agente; de cuál podría haber dispuesto en términos situacionales; qué mecanismos de indagación o comprobación sobre el origen del bien podría haber activado; cuál era el contenido objetivo de la acción requerida; qué elementos normativos de producción condicionaban la ejecución de dicha acción; sobre qué máximas de experiencia socio-culturales valoró el agente la información recibida; qué tipo de precauciones adoptó a la hora de desarrollar la acción que introdujo el peligro; qué tipo de relación mantenía o mantuvo con la persona de la que procedían los bienes de origen delictivo.

Y, además, debe medirse la gravedad porque solo la conducta gravemente imprudente resulta penalmente relevante. Debiéndose considerar por tal la que ignora un riesgo sustancial de que se produzca el

resultado prohibido a consecuencia de dicha conducta. Riesgo que por su naturaleza y grado haga patente que la indiferencia del actor, atendidas las circunstancias que conoce o debía conocer, supone una grave desviación del estándar de conducta que una persona respetuosa con la norma observaría en su situación.

Desde esta perspectiva, únicamente se reprocha en la sentencia recurrida, de forma general, que el recurrente omitió los más elementales deberes de cuidado (FJ Quinto) al facilitar su teléfono para las remesas, aceptar y recibir en su cuenta bancaria, a través de la aplicación de Bizum, sumas de una persona desconocida para él, aunque identificada con su nombre, por lo que el acusado incumplió el deber de cuidado que impone el artículo 301.3.º del C. P., en tanto desconociera la concreta procedencia del dinero.

Los hechos probados declaran lo siguiente: «sin conocer ni representarse el origen delictivo del dinero que iban a recibir, pero infringiendo la diligencia mínima imprescindible».

En efecto, conforme alegan los recurrentes no se concretan más detalles, solamente que se han recibido ciertas cantidades de dinero por Bizum, pero no se identifica el delito de donde procede el dinero, ni la infracción de la norma de cuidado, que debiera dar como resultado que el agente pudiera representarse no ya de que el dinero procede de un delito, sino de qué delito se trata, como exige el tipo penal doloso (y por extensión, en el imprudente, la conducta consiste en permanecer indiferente ante tal eventualidad delictiva, pero no tomada de forma general, sino específica, toda vez que el tipo imprudente tanto funciona en el tipo básico como en los supuestos específicamente agravados).

Aunque es válida tanto la culpa consciente como la culpa inconsciente, el precepto exige que se identifique o concrete claramente cuál es deber de diligencia infringido.

En suma, lo que el legislador criminaliza es incumplir el deber de cuidado, y propiciar el camuflaje del dinero de procedencia delictiva, y todo ello, la mayor parte de las veces, mediante la obtención de una ventaja económica (sin embargo, no requerida en el tipo, ni doloso ni imprudente).

Ahora bien, una cosa es la ventaja económica que obtendrá el agente, no definido en el tipo, y otra la cuantificación de los capitales blanqueados, aspecto éste del que trataremos seguidamente.

[…] Como vemos, ni en los hechos probados, ni en la fundamentación jurídica, se expone concretamente cuál fue la diligencia mínima imprescindible que ocasionó el delito y que constituye la infracción del deber de diligencia grave que exige el tipo penal.

Si no conocían el delito de donde procedían los bienes, al menos nada de ello se expone en los hechos probados, ni tampoco pudieron

imaginarse tal procedencia delictiva (que en nuestro caso tampoco se explica), por no «conocer ni representarse el origen delictivo del dinero que iban a recibir», conforme se afirma en el factum, no puede cumplirse el requisito de la tipicidad de la conducta, base del principio de legalidad, pues lo único que se afirma es que prestaron sus teléfonos para recibir ciertas cantidades mediante Bizum que después retiraron de sus cuentas. Esto solo, es insuficiente para colmar las exigencias típicas del delito enjuiciado.

Así, en el caso de Luis, movido por un fin económico, facilitó los datos necesarios para que los terceros desconocidos ejecutasen las transferencias, sin conocer ni representarse el origen delictivo del dinero que iban a recibir, pero infringiendo la diligencia mínima imprescindible.

Como es de observar, en dicho supuesto, no se describe tal diligencia mínima exigible, en cantidades que son muy exiguas para la comisión de un delito de blanqueo de capitales, pues por «capitales» difícilmente puede comprenderse una suma de 2.000 euros (cuatro ingresos e 500 euros), y mucho menos en lo que concierne al Sr. Nicanor, que son 740 euros.

La STS 224/2024, de 7 de marzo, enfatiza que con la base que representa la terminología legal, blanqueo de capitales, que es la elegida como leyenda que encabeza el capítulo correspondiente del cuerpo normativo y la filosofía que inspira la represión de esas conductas (que tiene que ver con la protección del mercado y la economía, con el orden socioeconómico), se entiende bien que solo exista blanqueo punible cuando las cantidades o bienes manejados adquieran cierta significación.

No alcanza ese rango la cifra a que se refieren los hechos. Negocios de bagatela, de cuantía insignificante, no son típicos. Una lectura del precepto en clave teleológica, asentada en la dimensión socioeconómica del bien jurídico protegido, empuja a esa interpretación, en exégesis que se ve reforzada por el uso del término «capitales».

En esa dirección apuntaba la STS 809/2014, de 26 de noviembre, recogiendo y recreando una vía ya insinuada en la STS 884/2012 de 8 de noviembre (se postula una «restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, que no puede serle privada las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas»).

Además, en ese primer supuesto, el Sr. Luis, al tiempo de la comisión de los hechos tenía un trastorno sobre déficit intelectual, con una discapacidad reconocida del 37 %, que solamente afectaba mínimamente a sus facultades intelectivas o volitivas y que no le impedían haber advertido el origen delictivo del dinero. Pero este aserto está en contradicción con el propio factum, que, en uno y en otro supuesto, asevera que ni conocía ni se representaba el origen delictivo del dinero que iban a recibir, aunque infringiendo la diligencia mínima imprescindible, sin mayor concreción.

La STS 501/2019 de 24 de octubre sostiene que «el blanqueo de capitales no es un delito de sospecha: exige como cualquier otro, prueba de la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos típicos, entre los que se encuentra el origen criminal (y no meramente ilícito, ilegal o antijurídico) de los bienes».

En suma, es preciso referenciar con algún detalle la diligencia que debió desplegar el autor, lo que aquí no se describe de modo alguno en los hechos probados, y sabemos que esta Sala Casacional impide una labor de integración contra reo en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, ni se califica tampoco, en este caso, la gravedad de la conducta en función a la cantidad supuestamente blanqueada que, en ambos casos, es de mínima entidad, para el delito que se enjuicia (blanqueo de capitales), pues recordemos que no estamos en presencia de un delito patrimonial contra los perjudicados, sino de una infracción que debe afectar al bien jurídico protegido que lo es la regularidad de la economía en evitación del camuflaje u opacidad de ganancias procedentes de un delito, lo que aquí tampoco se describe en modo alguno, desconociéndose de qué delito proceden los bienes supuestamente blanqueados, ni su conexión con los acusados, razón por la cual el recurso será estimado, procediendo la absolución de ambos recurrentes.

(STS 1064/2025, de 30 de diciembre).

ARTÍCULO 311 CP

Delito contra los derechos de los trabajadores. Empleo de trabajadores que ejercen la prostitución en relación de dependencia sin alta en Seguridad Social.

1. Alega que, dada la particularidad en el caso de autos, de que todas las personas halladas en el local que se afirma debieron haber sido dadas de alta en la Seguridad Social, se dedicaban al ejercicio de

la prostitución, debe partirse de la situación atípica de dicha profesión a los efectos de un alta en Seguridad Social, máxime cuando se trata de personas sin permiso de trabajo que, por lo tanto, no tienen posibilidad ni acceso a dicho alta. Y cita en apoyo de su criterio, la sentencia de esta Sala núm. 162/2019 de 26 de marzo.

2. Establece esa resolución, así como la 34/2023, de 25 de enero, que la prestación de contenido sexual que consiste la prostitución en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes o instrucciones del empresario sobre con quién, cómo, cuándo y dónde debe realizarse la misma, resulta contraria a la dignidad humana, fundamento axiológico, ex artículo 10 CE, de nuestro orden constitucional. La prestación sexual bajo régimen de disciplina empresarial cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad. Reconocer que alguien pueda ostentar potestades de control, ordenación y sanción sobre el contenido y ejercicio de los derechos a la libertad sexual e intimidad corporal de otra persona supondría, sencillamente, negar tales derechos, hacerlos irreconocibles. Y ello, como lógica consecuencia, impide que dicha relación pueda ser considerada objeto de un contrato de trabajo.

De igual modo, desde perspectiva inversa, es decir, la prostitución por cuenta propia, recuerda la STS 642/2023, de 24 de julio con cita de la 34/2013 de 25 de enero, que sigue esa misma orientación, que «de conformidad a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –*vid*. SSTJUE, de 20 de noviembre de 2001, caso Jany y otros, asunto C-268/99, (F.49); de 16 diciembre 2010, caso Josemans, asunto C-317/09, (F.77); de 1 octubre 2015, caso Harmsen c. Burgemeester van Amsterder C-341/14 (F.77); de 8 mayo 2019, caso PL c. Landespolizaidirektion Tirol, asunto C-230/18 (F.37)– la prostitución por cuenta propia no puede afirmarse que esté prohibida por el derecho internacional o el Derecho de la Unión siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce bajos las siguientes condiciones: inexistencia de cualquier vínculo de subordinación en la elección de dicha actividad y en las condiciones de trabajo y de retribución; ejercicio bajo responsabilidad propia; recepción íntegra y directa por quien la presta de la remuneración pactada».

Así pues, en el ejercicio de la prostitución no cabe relación laboral y consecuentemente permanece extramuros de la normativa que la disciplina, lo que veta el acceso al régimen de la Seguridad Social de las personas que la desarrollan por cuenta de un tercero. De manera que, el ejercicio de la prostitución, en las condiciones de dependencia que se realizaba en autos, efectivamente integra actividad ilícita, no es susceptible de contratación laboral regularizada.

Es cierto que el desempeño de otras actividades por cuenta ajena, aunque fuere por aquellas personas que ejercen la prostitución, no dejan de ser susceptibles de generar una efectiva y lícita relación laboral, Así sucede en la sentencia invocada por el recurrente (STS 162/2019 de 26 de marzo) en relación con la actividad de «alterne»; y así la STS 792/2022, de 29 de septiembre, que entendió que convergían los presupuestos de tipicidad del artículo 311. 2 b) en un caso en el que se desarrollaba la actividad de alterne consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndose a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones, dotada de las condiciones de dependencia y ajenidad, con independencia de que, además del alterne, en algunos casos, pueda existir una actividad libre y voluntaria de ejercicio de la prostitución. Que debe ser por cuenta propia.

Sólo cuando el ejercicio de la prostitución, resulta no ya libremente aceptado, sino desvinculado de cualquier nota de dependencia y subordinación a un empleador, es cuando no contamina de ilicitud una anexa actividad de alterne (STS 642/2023, de 24 de julio, con cita de o las SSTS 890/2022, de 11 de noviembre; la ya citada 34/2013 de 25 de enero; o la 237/2023, de 30 de marzo).

El hecho probado declara expresamente que el acusado se venía dedicando al negocio de la prostitución, teniendo bajo su cargo y cuenta a diversas personas (generalmente pero no siempre, transexuales) que prestaban servicios sexuales a terceros, empleando a dichas personas en un concreto piso; y que además de los servicios sexuales a los clientes, se les ofrecían y proporcionaban bebidas alcohólicas y droga. Es decir, de manera asociada al ejercicio de la prostitución por cuenta ajena, no propia. El hecho probado de autos, ni siquiera menciona expresamente alterne, ni la descripción es suficientemente expresiva de esa actividad. Que además se desarrolle íntegramente en un piso de un edificio de propiedad horizontal, tampoco abona el ejercicio de alterne desvinculado de la prostitución.

Consecuentemente, no cabe sancionar por delito con del artículo 311.2 b CP, (en la actualidad 311.3 b CP), por no tener dado de alta en la seguridad social a más de la mitad de la plantilla, cuando la relación del acusado con quienes empleaba en la prostitución no era susceptible de generar ese acceso a la seguridad social.

También había empleados, que no se dedicaban a la prostitución, pero indiciariamente en menor número, sin que en cualquier caso se haya acreditado que sea en número que cumplimente el cupo típicamente exigido.

(STS 227/2025, de 12 de marzo).

ARTÍCULO 334 CP

Delito contra la fauna. Inexistencia. La biodiversidad como bien jurídico protegido no puede verse afectada por una conducta que, en su caso, encontraría más adecuado encaje en el derecho administrativo sancionador.

A juicio de la defensa, se trata de un delito en el que el bien jurídico protegido lo constituyen exclusivamente las especies que figuran en el catálogo de amenazadas de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo y cuya forma de comisión solo puede ser dolosa, aunque es cierto que la reforma de 2015 introdujo la imprudencia grave.

Se integra la norma penal con la Ley Andaluza 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y Fauna Silvestres. El artículo 25 de esta ley prevé un Catálogo Andaluz de Especies Amenazadas en el que se incluyen las especies, subespecies, razas o poblaciones de la flora y la fauna silvestre, en base a que requieran especiales medidas de protección, recogiendo las mismas en un Anexo en la misma Ley. De este modo el artículo 26 de la referida Ley diferencia hasta seis categorías de especies amenazadas: «extinto», «extinto en estado silvestre», «en peligro de extinción», «sensible a la alteración de su hábitat», «vulnerable» y «de interés especial».

La primera cuestión se centra –razona la defensa– en si debe apreciarse el delito siempre que afecta a especies incluidas como amenazadas, o si se exige un plus, debiendo constar debidamente acreditada la amenaza concreta para la especie de la que se trate. Encontrándonos ante una norma penal en blanco, es la legislación especial la que debe tenerse presente a fin de determinar qué debe entenderse por «especie amenazada» que no tiene por qué equipararse a las especies en peligro de extinción. La Ley 8/2003 ha incluido entre las especies amenazadas no solo las que constan bajo una situación de riesgo concreto de supervivencia, sino también otras, como las que se consideran que son sensibles a la alteración de su hábitat o las vulnerables en una situación de futuro inmediato, o incluso las denominadas de «interés especial», porque sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad.

Este criterio –sigue alegando la defensa– no es el sostenido por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1999, ratificada en su tesis por la de 29 de noviembre de 2001. Fácilmente se advierte que las tres primeras categorías reseñadas afectan a especies sobre las que se cierne un peligro o amenaza, bien de extinción (art. 29.a), bien de su hábitat (art. 29.b), o bien porque por

su vulnerabilidad corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores (art. 29.c). En cambio, las clasificadas de «interés especial», por definición, no pertenecen a ninguna de aquéllas que se encuentran amenazadas, y si se encuentran catalogadas no es por razón de riesgo, sino como explícitamente aclara la norma, «por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad».

Este análisis –concluye el Letrado de la defensa– es el que ha llevado a la doctrina científica que se ha ocupado del estudio del artículo 334 CP a sostener que sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas. Este ha sido también el criterio asumido por la jurisprudencia de esta Sala. Por tanto, la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte de una especie efectiva y objetivamente amenazada, es decir, se trata de establecer la preferencia de la antijuricidad material sobre la formal por la mera inclusión en los catálogos del artículo 29 de la Ley 4/1989.

Tiene razón el recurrente y el motivo ha de ser estimado.

«Autorizadas voces doctrinales ya han hablado de la inevitable tendencia expansiva del derecho penal para la protección del medio ambiente. La experiencia viene demostrando que las sanciones administrativas no siempre producen el efecto disuasorio que es propio de la prevención general asociada a la norma penal. Desde esta perspectiva, el máximo valor axiológico de la biodiversidad como bien jurídico protegido, justificaría incluso una modulación del principio de intervención mínima que, desde la reforma del CP de 25 de junio de 1983 que tipificó el ya derogado artículo 347 bis, ha venido inspirando el tratamiento penal de los delitos ecológicos.

A esta línea de reforzada protección de las especies protegidas se adscribió la Directiva 2008/99/CEE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, en cuyos considerandos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º puede leerse lo siguiente: «… la Comunidad considera preocupante el aumento de los delitos medioambientales y sus efectos, que se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados en los que esos delitos se cometen. Tales delitos suponen una amenaza para el medio ambiente y, por lo tanto, requieren una respuesta apropiada. […] La experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente. Este cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de

naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil. […] Las normas comunes sobre delitos permiten utilizar métodos de investigación y ayuda eficaces en los Estados miembros y entre ellos; […] Para lograr una protección eficaz del medio ambiente, es necesario en particular aplicar sanciones más disuasorias a las actividades perjudiciales para el medio ambiente, es decir, que causan o pueden causar daños sustanciales al aire, incluida la estratosfera, al suelo, a las aguas, a los animales o a las plantas, incluida la conservación de las especies».

Es esta idea de inevitable incriminación expansiva la que explicaría que la reforma del artículo 334 del CP, operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ampliara el catálogo de acciones típicas descritas y donde antes se criminalizaba cazar o pescar especies amenazadas, destruir o alterar gravemente su hábitat, comerciar o traficar con ellas, ahora se incorpore al catálogo de acciones típicas «poseer» esas especies protegidas de fauna silvestre.

De hecho, así se explicita en la exposición de motivos de ese texto legal: «… las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal».

Esta reforma, como analiza con precisión y encomiable estudio la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Málaga, fue introducida con el fin de adaptar nuestro sistema punitivo a las exigencias impuestas por el artículo 3 de la Directiva 2008/99/CEE de 19 de noviembre.

Sin embargo, el deseo de eficacia en la batalla legal para impedir conductas antijurídicas que menoscaban la biodiversidad no justifica atribuir una elasticidad impropia a los límites aplicativos del derecho penal.

[…] Todo apunta a que la transposición de la directiva 2008/99/CEE ha ido más allá de lo que exigía su literalidad. En efecto, en su artículo 3 f) los Estados asumen el compromiso de considerar como constitutivas de delito, «… cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave», las siguiente conductas: «la matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas de fauna o flora silvestres, a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie».

Es cierto que forma parte de la naturaleza jurídica de las directivas aprobadas por la Unión Europea el sentar un catálogo de mínimos para la protección penal de un bien jurídico cuya relevancia es compartida por todos los países de la Unión. Así lo recuerda incluso el considerando 11 de la propia Directiva 2008/99/CEE cuando puntualiza lo siguiente: «puesto que la presente Directiva ofrece unas normas mínimas, los Estados miembros tienen libertad para adoptar o mantener medidas más estrictas cuya finalidad sea la protección eficaz del medio ambiente mediante el Derecho penal. Tales medidas deben ser compatibles con el Tratado».

Es cierto también que el legislador español, en el momento de la transposición normativa, no incorporó al artículo 334 del CP el inciso excluyente de la aplicación de la norma penal que sí recogía la Directiva («… a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie»).

Sin embargo, esta omisión no encadena a la Sala a una aplicación del artículo 334 del CP que dé la espalda a otro principio que la propia Directiva señala entre los criterios ordenadores del tratamiento penal de los atentados al medio ambiente y a la biodiversidad, a saber, el principio de proporcionalidad. Así puede leerse con claridad en el considerando 14: «… de conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo».

De una parte porque en la misma reforma de 2015, tratándose de la protección penal de la flora silvestre, el artículo 332 del CP excluyó de la tipicidad aquellas conductas que afecten «… a una cantidad insignificante de ejemplares y no (tengan) consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie».

De otro lado, porque el carácter fragmentario del derecho penal y los principios de subsidiariedad e intervención mínima actúan como presupuestos de legitimación de la norma penal. No son estratégicamente prescindibles en función de la naturaleza del bien jurídico que se quiera, incluso, sobreproteger.

[…] En consecuencia, que la caracola que fue hallada en la nevera del establecimiento regentado por Jesús Ángel, en el que también trabajaba Felisa, se trataba de una especie protegida por su vulnerabilidad es un dato incontrovertible.

La posesión de esa caracola, en su calidad de animal que forma parte de una especie protegida, no está jurídicamente autorizada.

Sin embargo, en el hecho probado del que ha derivado la condena de ambos acusados no se ofrecen datos que permitan trazar con segu-

ridad una línea que divida la infracción administrativa del delito sancionable por el derecho penal. Esa línea ha de dibujarse a partir de una interpretación que, como antes hemos apuntado, no se distancie de los principios que legitiman la aplicación de la norma penal, entre los que la propia Directiva de la que emana la más reciente reforma del artículo 334 del CP incluye el principio de proporcionalidad.

Pues bien, en el factum se habla de una bolsa de plástico en cuyo interior existía una única caracola marina. Este molusco había sido adquirido en la Lonja del Puerto de la Caleta, «… sin que quede acreditada la intención de vender posteriormente dicho ejemplar, quedándose con (el mismo) misma para fines de ornamentación».

En el presente caso, puede incluso ayudar a discernir si la antijuridicidad desborda los límites del derecho administrativo sancionador el dato de que, conforme a los artículos 80 y 81 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad –norma jurídica anterior a la Directiva 2008/99/CE que ha propiciado el castigo de la simple posesión de especies protegidas, sin referencia a la finalidad del titular–, el cuadro sancionador se mueve, en función del carácter leve o grave de la infracción cometida, entre 300 y 2.000.000 de euros.

En definitiva, la Sala no considera subsumible en el artículo 334.1 del CP la tenencia de una caracola «Charonia Lampas» en el interior de una bolsa de plástico, alojada en la nevera de un establecimiento público que, conforme precisa el factum, sólo perseguía «fines de ornamentación». La biodiversidad como bien jurídico protegido no puede verse afectada por una conducta que, en su caso, encontraría más adecuado en encaje en el derecho administrativo sancionador.

[…] No es obstáculo a esta conclusión la cita de algunos precedentes de esta Sala que son objeto de interpretación por el recurrente y que han sido descartados en la instancia por referirse a hechos de distinta naturaleza y ejecutados bajo un régimen jurídico que nada tiene que ver con el vigente.

En efecto, se alude sentencia 19 de mayo de 1999, sin referencia al recurso en el que esa sentencia recayó. Se da la circunstancia de que dos resoluciones del mismo día tuvieron por objeto una condena por delito contra el medio ambiente.

La recaída en el recurso de casación núm. 792/1998, confirmó el pronunciamiento absolutorio dictado en la instancia respecto del acusado que, en el ejercicio de la explotación de las concesiones mineras que le habían sido asignadas, captaba aguas de una laguna y las trasvasaba hasta las balsas de decantación interiores, con posterior recogida y comercialización de las sales cristalizadas mediante su carga en camiones cisternas.

Como puede apreciarse, ninguna similitud se advierte respecto del supuesto que hoy centra nuestra atención. Pero sí es de interés subrayar que la confirmación de la tesis absolutoria se argumentó por «… la manifiesta ausencia en el caso considerado del requisito de que la acción del agente haya producido de manera efectiva un riesgo grave y concreto para los bienes jurídicos protegidos por el precepto». El equilibrio natural no fue alterado por la acción del acusado y, por consiguiente, se impuso el pronunciamiento absolutorio.

La segunda sentencia, fechada el mismo día, mes y año –redactada por el mismo ponente– recayó en otro recurso, el numerado como 3815/1998, en el que sí se valoraba la significación penal de una conducta en función de la necesaria diferenciación de las categorías establecidas administrativamente. En este caso, el acusado había sido sorprendido por una patrulla de la Guardia Civil practicando la caza en zona militar dentro del término municipal de Uceda, siéndole requisado, entre las piezas de caza cobradas, un ejemplar muerto de pico picapinos (dendrocopos major), ave perteneciente a una especie incluida como de «interés especial» en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas regulado por RD 439/1990 de 30 Marzo.

La respuesta de esta Sala desestimó el recurso de casación promovido por el Fiscal frente a la sentencia absolutoria recaída en la instancia. Dijimos entonces que «… la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte de una especie efectiva y objetivamente amenazada. De lo contrario, como con algunas gotas de sorna destaca la doctrina, nos encontraríamos con que cazar algún ejemplar de las cinco especies de sapos, diez especies de lagartijas, nueve de culebras, veintiuno de murciélagos o cinco de ranas, serían constitutivos de un delito sancionable con hasta dos años de prisión».

Sin embargo, tiene razón la Audiencia Provincial de Málaga cuando rechaza el valor exoneratorio de esta sentencia respecto de los hechos ahora enjuiciados. Y es que de lo que se trataba entonces era de interpretar los contornos típicos del delito del artículo 334 del CP que aludía entonces a las «especies amenazadas», mientras que en la regulación actual aplicable a los hechos que ahora enjuiciamos, el artículo 334 se refiere a «especies protegidas», dándose la circunstancia de que la Charonia Lampas esta calificada como «especie protegida», en particular, como «vulnerable».

También se alude por la defensa a la STS 2227/2001, 29 de noviembre, que habría restringido el alcance del artículo 334 del CP. Sin embargo, tal y como ocurría en la resolución anterior, esta senten-

cia tomaba en consideración un precepto que tenía una redacción muy distinta a la vigente. Precisamente por ello, fue confirmada la sentencia absolutoria con el argumento de que: «… el legislador penal ha conminado el tráfico y comercio, pero no la posesión, y por ello no es posible integrar por esta vía el citado precepto pues se desbordaría el principio de legalidad, constituyendo dicha posesión, en su caso, una infracción administrativa».

Sea como fuere, la vinculación entre los delitos contra la flora y la fauna y los principios de proporcionalidad e intervención mínima es una constante en nuestra jurisprudencia.

En la STS 621/2022, 22 de junio –con cita de la STS 570/2020, 30 de noviembre–, apuntábamos que «… no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito. Este precepto no puede ser degradado a la condición de delito puramente formal de desobediencia a la normativa administrativa. Lo prohíbe el principio de intervención mínima, esto es, la necesidad de reservar la respuesta penal para aquellas conductas socialmente más desvaloradas. […] Para que una infracción de esta naturaleza sea susceptible de respuesta penal será indispensable exigir un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado. Sólo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal».

En definitiva, la simple posesión en un frigorífico de un único ejemplar de la caracola marina Charonia Lampas, introducida en una bolsa de plástico y que sólo se posee con una finalidad ornamental, no puede ser calificada con arreglo al artículo 334.1 del CP. Lo impide el carácter insignificante de la vulneración del bien jurídico biodiversidad cuando se adquiere una caracola ofrecida por el dueño de la pescadería en la que el acusado compraba habitualmente el material para el restaurante que regentaba y, sin intención alguna de obtener un rendimiento lucrativo a ese ejemplar, lo conservaba con fines puramente ornamentales.

La antijuridicidad de los hechos declarados probados habría de ser abordada, en su caso, conforme al derecho administrativo sancionador.

(STS 40/2025, de 23 de enero).

ARTÍCULO 336 CP

Delitos contra la fauna. Caza o pesca con veneno, explosivos o instrumentos de similar eficacia. Caza de aves utilizando sustancias adhesivas. Ha de rechazarse el potencial riesgo para la fauna en general del mecanismo utilizado por los acusados y su equiparación a la incapacidad selectiva que implica el uso de explosivos o venenos.

Sobre el artículo 336 CP se ha pronunciado esta Sala del TS en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 562/2020 de 30 Oct. 2020, Rec. 2689/2019 pudiendo extraer las consecuencias siguientes que sistematizamos a continuación:

«1. ¿Cabe incardinar el uso de pegamento para capturar aves en el artículo 336 CP?

La cuestión es si la utilización de pegamento o liga para capturar determinadas especies, en este caso de aves, puede integrar el delito del artículo 336 del Código Penal en atención a que constituye un instrumento de presa que no ofrece ninguna posibilidad de discriminar la captura entre especies que respondan a los parámetros de envergadura o peso en el que el producto adherente muestra eficacia.

2. La esencia del contenido antijurídico del artículo 336 CP.

Una interpretación del contenido antijurídico del precepto precisa identificar el bien jurídico objeto de su protección, que no es otro que la biodiversidad, esto es, la preservación de la variabilidad de organismos vivos existentes en los ecosistemas terrestres y acuáticos, en estrecha relación con la protección general del medioambiente en la medida en que este precisa de un adecuado equilibrio ecológico y garantiza al tiempo el correcto desarrollo de la biodiversidad (STS de 2227/2001, de 29 de noviembre).

3. La protección de la biodiversidad no es función exclusiva del derecho penal. Su carácter fragmentario subraya la dimensión primordial de otros instrumentos de amparo de la riqueza natural. Así, el artículo 45 de la Constitución Española recoge el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, además de establecer el deber de conservarlo, identificando que quienes lo violen pueden ser sancionados administrativa y penalmente, en los términos que la ley establezca.

4. La ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad establece el régimen jurídico básico para la conservación, el uso sostenible, la mejora y la restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad española, operando en desarrollo del objetivo de garantizar los derechos de las personas a un medio ambiente adecuado en los términos constitucionalmente expuestos, así como del deber de conservarlo que a todos incumbe.

Su artículo 54 establece la obligación de las administraciones concernidas de adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre y preservar su hábitat.

El propio precepto fija la regla básica o general de protección de la biodiversidad de la fauna silvestre disponiendo la prohibición de dar

muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, sea cual fuere el método empleado o la fase de su ciclo biológico. Una prohibición que incluye su retención y captura en vivo, además de otros comportamientos como la destrucción, daño, recolección y retención de sus nidos, de sus crías o de sus huevos, estos últimos aun estando vacíos, así como la posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior.

La norma establece regímenes específicos de protección para aquellas especies silvestres cuya situación lo requiera, lo que se preceptúa que debe hacerse incluyendo esas especies en los listados de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial (art. 56) o en el catálogo de Especies Amenazadas (art. 58).

En todo caso, para aquellas especies de animales silvestres no comprendidos en Régimen de Protección Especial o en el catálogo de Especies Amenazadas, se reconoce que las prohibiciones anteriormente expresadas no se aplicarán si existiera para ellas una regulación específica, en especial en la legislación de montes, caza, agricultura, sanidad y salud públicas, pesca continental y pesca marítima, o en los supuestos regulados por la Administración General del Estado o las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, para su explotación de manera compatible con la conservación de esas especies. En tales supuestos habrá de estarse a la singular regulación que les atañe.

5. La acción delictiva que el artículo 336 del Código Penal contempla, consiste en un ejercicio modalizado de la pesquería o de la actividad cinegética.

6. Las acciones constitutivas de delito del artículo 336 CP. Interpretación restrictiva.

Además del elemento negativo de que la actuación de pesca o caza carezca de legítima autorización, la redacción inicial del Código Penal exigía que se emplearan en la caza o la pesca venenos o explosivos, añadiéndose la punición en todos aquellos supuestos en los que se recurriera a cualquier otro instrumento o arte de similar eficacia destructiva para la fauna que los anteriormente expuestos.

7. Delito de mera actividad.

Se configuraba así el delito como de mera actividad y de peligro hipotético, también denominados delitos de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, esto es, delitos en los que no se tipifica un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido.

A partir de un sistema de lista abierta ejemplificada, el legislador identificó el peligro a la fauna que trataba de prevenirse: en concreto,

que la fauna quedara expuesta a medios de caza o de pesca que presentaran la misma idoneidad para generar impactos lesivos que la que es predicable de la utilización del veneno o de la utilización de explosivos.

8. La eficacia o capacidad "destructiva" del método empleado.

Así pues, la capacidad de destrucción indiscriminada de especies, como elemento esencial de lesión del bien jurídico (la biodiversidad), estaba ya inserta en los medios o instrumentos de caza o de pesca con los que el Código Penal ilustraba.

De este modo, la modificación operada por LO 3/2010 no ha alterado la acción delictiva que el artículo 336 del Código Penal contempla. La reforma se limitó a introducir un mayor detalle descriptivo orientado a facilitar una mejor uniformidad en la aplicación de la norma. Si el tipo penal antes hablaba de emplear veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna, ahora habla de emplear veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna. Desde la consideración penal de la caza o de la pesca, esto es, desde la contemplación de estas actividades a partir del bien jurídico que se protege, la no selección de las piezas carece de relevancia penal si no repercute en el deterioro de la biodiversidad, por lo que su inclusión en el artículo 336 del Código Penal solo se orientó a evidenciar aspectos de la acción típica que ya estaban descritos cuando el Código Penal hacía únicamente referencia a la eficacia destructiva de los instrumentos de caza, aun cuando con aquella redacción bien podían no resultar fácilmente perceptibles.

9. Método no selectivo de caza o pesca y riesgo de destrucción de la riqueza animal.

La cuestión que el recurso suscita es si un método no selectivo de caza o de pesca es lo suficientemente idóneo como para generar un riesgo de destrucción de la riqueza animal y, por ello, resulta siempre equiparable al riesgo que introduce la caza con explosivos o con veneno.

Un primer acercamiento al tipo penal invita a negar el parangón. Si cualquier arte de caza o pesca no selectivo mereciera el mismo reproche penal que la utilización de los potentes y expeditivos métodos que sirven de comparación, no habría necesitado el legislador introducir ningún elemento que sirva para medir la confrontación. Bastaría que el legislador hubiera previsto el reproche penal para quienes cacen o pesquen con métodos no selectivos o con venenos, explosivos o cualquier método de similar eficacia destructiva.

No es esta la construcción sintáctica del precepto, que habla de "similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna". El precepto

constata la eficacia destructiva que tiene el veneno o los explosivos, además de plasmar la incapacidad que tienen estos dos métodos para discriminar entre las especies terrestres o acuáticas a las que afecta su utilización.

Desde esta consideración, el Código Penal equipara la utilización del veneno o el explosivo a la utilización de otros instrumentos o medios con semejante eficacia destructiva, además equiparlos también a aquellos otros que, sin tener este efecto exterminador, sí ofrecen una incapacidad de discriminación equivalente. Y si es fácil reconocer que hay instrumentos de caza o pesca con una más limitada capacidad de éxito, también los hay que no arrasan con la amplia generalidad de las especies que se encuentre a su alcance del modo en que lo hacen los elementos con los que el legislador exige la comparación.

De otro lado, el principio de subsidiariedad que rige el derecho penal y al que hemos hecho anterior referencia, sugiere la existencia de un espacio de distinción entre la irregularidad administrativa de emplear estos instrumentos de caza o de pesca y la actuación criminal basada en el mismo comportamiento. No solo por las reglas propias de una protección en cascada de los bienes jurídicos (que en este supuesto tiene pleno reflejo en el artículo 45 de la CE antes reflejado), sino por la propia previsión normativa que impulsó de modo inmediato la reforma operada en este artículo por la LO 5/2010.

La exposición de motivos de la ley de reforma recogió que: "Las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/ CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal".

Con esta referencia, el artículo 3 de la Directiva traspuesta plasma la necesidad de que los Estados miembros se aseguren que sean delictivas una serie de conductas ilícitas cuando se cometan dolosamente o al menos por imprudencia grave. Entre ellas, se detalla la matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies, pero la propia Directiva lo condiciona a que: a) Se trate de ejemplares de especies protegidas de fauna o flora silvestres y b) La conducta afecte a una cantidad no insignificante de especímenes o refleje consecuencias tampoco insignificantes para el estado de conservación de su especie (art. 3.f).

Es evidente que cuando hablamos de la utilización de medios de caza o pesca no selectivos, ni puede excluirse que vayan a proyectarse

sobre especies distintas a las que son objeto de persecución por el sujeto activo (vg: liga o adhesivos, trampas, lazos, cepos, redes, garduñeras, humo etc.), ni en muchas ocasiones podrá excluirse que su operatividad alcance a un número suficientemente importante de ejemplares, como ocurre con la liga, las redes o mallas verticales o el humo. En todo caso, para que pueda concluirse que hay un riesgo potencial para la fauna equivalente al descontrol lesivo que, de manera abstracta, se atribuye al veneno o a los explosivos, es necesario identificar en la actuación un marcado riesgo de poder perjudicar, de un modo equiparable, a la biodiversidad en que se introduce.

Este plus de idoneidad a la hora de generar un riesgo de perjudicar a la fauna, se identifica como la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos. La valoración de la idoneidad debe realizarse en abstracto, pero contemplando que el Código Penal hace referencia a la lesividad, no de un instrumento en concreto, sino también del artecinegético que se despliegue, esto es, que el plus de idoneidad deberá recoger el conjunto de mecanismos que en cada caso se aportan y su combinación en la secuencia de actuaciones de caza o pesca que se despliegan para obtener las capturas.

Si la caza o la pesca de especies silvestres, contraviniendo leyes o disposiciones de carácter general (art. 335 del Código Penal), da lugar a una sanción de menor alcance punitivo que el que aquí contemplamos, y si es igualmente grave la sanción que se contempla para la caza o la pesca prohibida de ejemplares protegidos (art. 334 del Código Penal), no resulta aceptable que la sola puesta en riesgo de un número de ejemplares irrelevante para el crecimiento y la subsistencia de cualquier especie, integre la responsabilidad del artículo 336 del Código Penal.

Siendo el tipo penal que contemplamos un delito de riesgo, solo la introducción de un peligro relevante para la fauna, justifica una penalidad que puede superar la que se contempla para la efectiva muerte o aprehensión de algunos de sus ejemplares. Un plus en el riesgo de lesión al bien jurídico, que debe evaluarse en consideración a la capacidad destructiva de la biodiversidad y el ecosistema en cada caso concreto.

10. Respecto al uso de la liga en la caza la idoneidad de generar un riesgo para la fauna debe evaluarse de una manera intrínseca, considerando en todo caso el conjunto de instrumentos y de actuaciones previstas para la pesquería o la actuación cinegética.

11. Entrando a valorar esta potencialidad de riesgo para la fauna en general, debe contemplarse el mecanismo de captura desplegado y

no puede sino rechazarse cualquier parangón con la incapacidad selectiva que resulta inherente al uso de explosivos o de veneno. El mecanismo con el que los acusados pretendieron dar caza a la especie de su interés, si bien prohibida, muestra mucha mayor proximidad con el mecanismo de red autorizado para la caza del jilguero que con los instrumentos que el tipo penal contempla.»

También en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 420/2022 de 28 Abr. 2022, Rec. 3133/2020 se incide en este tema y podemos sistematizar las conclusiones en las siguientes:

«1. Como anticipábamos, la sentencia de Pleno 562/2020 fijó el umbral de la antijuricidad específicamente penal en la necesidad de que se acredite suficientemente que mediante el uso de los modos o métodos no autorizados mencionados en la norma se ponga significativamente en peligro la diversidad biológica, situacionalmente evaluada. Ya sea por el efecto destructivo de especies que comporte o por su equivalente efecto no selectivo.

2. Para que pueda concluirse que hay un riesgo potencial para la fauna equivalente al descontrol lesivo que, de manera abstracta, se atribuye al veneno o a los explosivos, es necesario identificar en la actuación un marcado riesgo de poder perjudicar, de un modo equiparable, a la biodiversidad en que se introduce.

3. El "plus de idoneidad" para generar la lesión del bien jurídico protegido reside, por tanto, en "la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos". Capacidad destructiva de la biodiversidad y del ecosistema que deberá medirse en cada caso concreto.

4. Fórmula que, por otro, lado se ajusta a elementales criterios de proporcionalidad sistemática pues carecería de todo sentido que la conducta consistente en el mero uso de un método de caza no selectivo pero que carece de un específico potencial de afectación más allá de un escaso número de ejemplares no especialmente protegidos, pueda ser castigada más gravemente que la caza o la pesca expresamente prohibida de especies silvestres, contraviniendo leyes o disposiciones de carácter general –art. 335 CP– o de ejemplares protegidos –art. 334 del Código Penal–.

5. Para evaluar el potencial de afectación a la biodiversidad del modo de caza no selectivo, se fijan dos parámetros principales:

a) el riesgo de que el modo de caza perjudique a un número relevante de ejemplares de la especie.

b) el riesgo de afectación a otras especies.

Así como otros subordinados o complementarios:

a) las características del mecanismo de captura desplegado. En especial, si se busca mantener, o no, con vida a los animales.

b) las posibilidades situacionales de proceder a la inmediata liberación (vivos) de cuantos ejemplares se capturen de otras especies.

c) la fácil retirada o portabilidad de las técnicas o métodos de caza empleados que posibilite neutralizar riesgos de que sigan generando efectos de captura indiscriminada más allá del momento en que los cazadores abandonen el lugar.

6. Criterios de valoración normativa de la lesividad del método no selectivo que, como anticipábamos, aparecen sustancialmente refrendados en la STJUE, antes citada, de 17 de marzo de 2021.

a. En efecto, la sentencia aborda, al hilo de las cuestiones prejudiciales formuladas, bajo qué criterios un Estado puede utilizar la vía del artículo 9 de la Directiva 2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres, para establecer excepciones al principio general de prohibición de medios de caza no selectivos previsto en el artículo 8.

b. Por lo que se refiere al uso de liga, como método de captura, el Tribunal de Justicia precisa que si bien cae dentro del espacio de la prohibición general, cabrá la posibilidad de introducir una excepción, de conformidad al artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva, cuando, además, de proporcionada a las necesidades que la justifican [sentencia de 23 de abril de 2020, Comisión/Finlandia (Caza primaveral del pato de flojel macho), C-217/19, EU: C:2020:291, apartado 67 y jurisprudencia citada] se tome en cuenta la letalidad o no del método no selectivo.

c. Si bien, en la primera hipótesis, debe concebirse el requisito de selectividad en un sentido más bien estricto, en la segunda hipótesis, en cambio, puede considerarse cumplido aun cuando se produzcan capturas accesorias, "pero siempre que no se hayan capturado accidentalmente más que cantidades reducidas, durante un período determinado, y que estas puedan ser liberadas de tal forma que el daño que sufran sea insignificante".

d. Como se indica en el parágrafo 65 de la sentencia, "tanto del tenor del artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva, interpretado a la luz del artículo 8, apartado 1, de la misma Directiva, como de los objetivos de esta y del marco en el que se inserta, de conformidad con las disposiciones del artículo 3 TUE, del artículo 37 de la Carta, del artículo 191 TFUE, apartado 2, párrafo primero, y del artículo 13 TFUE, relativo al bienestar animal, se deduce que el requisito de selectividad

del artículo 9, apartado 1, letra c), de la referida Directiva, en caso de un método de captura no letal que comporte capturas accesorias, solo puede considerarse cumplido si estas son de un volumen limitado, es decir, que solo afectan a una cantidad muy reducida de especímenes capturados accidentalmente, durante un período limitado, y si pueden ser liberadas de tal forma que el daño que sufran sea insignificante. De lo que se sigue que no cumple la exigencia de selectividad del artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva "un método de captura no letal que comporta capturas accesorias si estas, aunque sean de escaso volumen y durante un período limitado, pueden causar a las especies capturadas accidentalmente daños que no sean insignificantes".

e. La sentencia del TJUE, como anticipábamos, apuntala los criterios de esta Sala sobre la necesidad, como presupuesto del juicio de subsunción en el artículo 336 CP, de evaluar el nivel de lesividad que se deriva del uso del método no selectivo, tomando en cuenta, de forma particular, el potencial de capturas accesorias indiscriminadas y la letalidad que se deriva para los animales capturados.

f. Ello no significa que la caza con liga o con sustancias adhesivas no pueda ser considerada conducta típica. Pero siempre que, en el caso concreto, se acredite que la conducta desplegada colma, en los términos antes precisados, la antijuridicidad reclamada por el tipo.

g. Lo que, en lógica consecuencia, traslada a la acusación la carga de acreditar el riesgo y el grado de lesividad alcanzado por la concreta conducta de caza no autorizada. En particular, el potencial alcance de capturas indiscriminadas y de los riesgos situaciones de letalidad introducidos.

h. La tipicidad no se colma, por tanto, con el simple dato de la no selectividad del método ni tampoco porque su uso aparezca prohibido por la normativa sectorial administrativa.

Por ello, aplicando todo ello al presente caso, y, como también indica el Fiscal de Sala, ha de rechazarse el potencial riesgo para la fauna en general del mecanismo utilizado por los acusados y su equiparación a la incapacidad selectiva que implica el uso de explosivos o venenos. El método empleado para cazar, si bien, prohibido, evidencia que aquellos pretendían mantener con vida las piezas que atraparon y de hecho se las llevaban en una jaula cuando fueron sorprendidos por el agente de policía. Que después uno de los acusados matara delante del agente al jilguero capturado al arrojarlo contra el suelo, parece obedecer más a una reacción airada por la detención que a un acto relacionado con la caza propiamente dicha.

Por otra parte la sentencia, que se limita a describir el método conocido como "liga", empleado por los acusados "consistente en

untar las ramas de los árboles con pegamento u otra sustancia similar lo que permite que las patas de las aves, atraídas por el reclamo, queden adheridas a las ramas en las que se posan", y a indicar que se trata de un "método no selectivo que está prohibido en el Anexo VII de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, como también lo está el uso de reclamos como grabaciones por la Ley de Caza de Castilla-León", parece claro que está narrando un comportamiento de franco incumplimiento de las normas que prohíben ese modo no selectivo de caza que puede ser merecedor de sanción administrativa pero no penal, sanción que en palabras de la STS 420/2022 debe reservarse a conductas que patenticen un suficiente nivel de antijuricidad, de intensa negación del bien jurídico protegido por el tipo penal. Circunstancia que, en nuestro caso, no resulta suficientemente descrita en los hechos que se declaran probados en la instancia y que hace suyos la Audiencia Provincial, al no contener los datos mínimos que permitan medir la lesividad específicamente penal de la conducta desplegada que reclama el tipo del artículo 336 CP.

Al contrario, la sola captura de dos ejemplares más parece indicar la reducida eficacia del método empleado y, por otra parte, la indefinición de la extensión de la zona contaminada por el pegamento resulta incompatible con la incursión del derecho penal al no quedar fijados con claridad los elementos del injusto que permiten otorgar prioridad al derecho penal frente a la reacción del derecho administrativo.

Por ello, de la misma manera que ya expusimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 420/2022 de 28 Abr. 2022, Rec. 3133/2020 los hechos que se declaran probados en la instancia, y que hace suyos la Audiencia Provincial, no contienen los datos mínimos que permitan medir la lesividad específicamente penal de la conducta desplegada que reclama el tipo del artículo 336 CP.

Es obvio que el comportamiento que se describe, de franco incumplimiento de las normas que prohíben ese modo no selectivo de caza, puede ser merecedor de sanción administrativa pero no de sanción penal. Esta, reiteramos, debe reservarse a conductas que patenticen un suficiente nivel de antijuricidad, de intensa negación del bien jurídico protegido por el tipo penal. Lo que, en el caso, no se identifica suficientemente.

No cabe aplicar la vía de la imprudencia grave del artículo 334.3 CP. No se desprende de los hechos probados una conducta imprudente, sino dolosa de contravenir las leyes para cazar especies protegidas de la fauna silvestre. No existe en el factum elemento alguno para admitir que estamos ante una conducta de falta de cuidado o diligencia determinante de una imprudencia en falta de diligencia debida.

Insistir en que, dado que estamos en el territorio del artículo 849.1 LECRIM, no cabe apelar a cuestiones relativas a la prueba, o motivación, o si no existió concierto previo en una responsabilidad compartida. Ello queda excluido de la casación permitida ex artículo 847.1 b) CP. No hay conducta imprudente, sino dolosa ex artículo 334 CP, aunque excluyendo, como se ha expuesto, el artículo 336 CP.

Se recoge en la sentencia del juzgado de lo penal confirmada por la AP que: el acusado. Cristobal y el acusado que no ha comparecido a juicio Emilio acudieron a dicho lugar para cazar aves utilizando un método prohibido por ser no selectivo según el Anexo VII de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y la Biodiversidad consistente en untar con pegamento o similar sustancia las ramas de los árboles para que las aves quedasen adheridas, aves a las que atraían con un reclamo que eran unas grabaciones de trinos de aves en un teléfono móvil, que era propiedad del acusado Emilio. Precisamente los acusados pudieron coger ese día dos aves que llevaba Emilio en una jaula. De ello se percató el agente el Cuerpo Nacional de Policía n° NUM000, el cual instó al acusado Emilio a que soltara las aves y si bien Emilio soltó a una de ellas, lanzó a la otra al suelo, muriendo del impacto. Esta ave era un jilguero Lugano, especie protegida según Real Decreto 139/2011 de 4.de febrero para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas.

Debe excluirse, pues, la condena por el artículo 336 CP en concurso ideal, pero manteniendo la condena por el artículo 334 CP, siendo inviable una conducta imprudente del artículo 334.3 CP».

(STS 653/2025, de 9 de julio).

ARTÍCULO 337 CP

Delito de maltrato animal. Inexistencia. No prestar a un caballo el cuidado debido, al no facilitarle los alimentos y líquidos necesarios para cubrir sus necesidades, no sólo para su subsistencia sino para llevar una vida sana y adecuada, provocando con ello un daño innecesario al mismo, que sufrió de inanición, careciendo de cualquier tipo de control higiénico sanitario. El menoscabo grave para la salud del animal no queda reflejado en el factum.

La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los contornos típicos del artículo 337.1 del CP, actualmente sin contenido a raíz de la reforma operada por la LO 3/2023, 28 de marzo.

Es cierto que la nueva redacción de los delitos contra los animales (arts. 340 bis a 340 quinquies del CP) ha ampliado la porción de injusto que comprendía el artículo 337.1. Es cierto también que con arreglo a la formulación renovada de estos preceptos, los hechos declarados probados en la sentencia de instancia podían ser abarcados en la nueva regulación. Sin embargo, la prohibición de aplicar con carácter retroactivo disposiciones desfavorables para el acusado nos obliga a verificar el juicio de tipicidad con arreglo a la legislación vigente en el momento de la comisión de los hechos.

Decíamos en la STS 998/2022, 22 de diciembre, que «… es incuestionable que la evolución de nuestro sistema normativo ha hecho de la protección de los animales y la exclusión de su maltrato un bien jurídico susceptible de provocar la reacción del derecho penal. De la reduccionista calificación de esos seres vivos como "cosas" se ha pasado a su definición legal como "… seres vivos dotados de sensibilidad" (cfr. arts. 333 y 333 bis redactados conforme a la reforma de la Ley 17/2021, 15 de diciembre)».

Nos hacíamos eco también de la influencia que en nuestra legislación ha tenido el derecho de la Unión Europea que, desde hace ya varias décadas, viene proclamando la necesaria atención de los poderes públicos para la protección de los animales. El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recuerda que «… al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles».

La Recomendación 2007/526/CE de la Comisión, de 18 de junio de 2007, sobre las líneas directrices relativas al alojamiento y al cuidado de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, preparó el camino de la Directiva 2010/63/UE, de 22 de septiembre de 2010, sobre protección de los animales utilizados para fines científicos que, en su considerando núm. 6, ya señala la existencia de «… nuevos conocimientos científicos sobre los factores que influyen en el bienestar de los animales y su capacidad de sentir y expresar dolor, sufrimiento, angustia y daño duradero».

Y la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, dictada para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, define un cuadro de infracciones y sanciones de carácter económico que puede alcanzar la multa de 100.000 euros (arts. 13 a 22).

El artículo 14.2.d) define como infracción grave «el incumplimiento de las obligaciones exigidas por las normas de protección animal,

cuando produzca lesiones de gravedad o permanentes, deformaciones o defectos graves de los mismos o una situación de estrés grave».

Y el artículo 14.3.a) considera falta leve «el incumplimiento de obligaciones exigidas por las normas de protección animal en cuanto al cuidado y manejo de los animales, siempre que no se produzcan lesiones permanentes, deformidades o defectos graves, o la muerte de los animales».

En la STS 998/2022, 22 de diciembre, insistíamos en que «la vigencia de este régimen sancionador ya pone sobre aviso acerca de la existencia de una reacción del ordenamiento jurídico español en el que coexisten sanciones administrativas y penales. […] La Sala considera que esa doble proyección del poder coercitivo del Estado entre el derecho administrativo y el derecho penal obliga, ahora más que nunca, a reivindicar la vigencia de los principios que legitiman la aplicación de la norma penal. Su consideración como "ultima ratio" y la necesidad de reservar su aplicación a aquellas infracciones que más gravemente ofendan el bien jurídico tutelado –en eso consiste el carácter fragmentario del derecho penal– han de actuar como parámetros irrenunciables en el juicio de subsunción. De lo contrario, corremos el riesgo de amplificar el derecho penal más allá de lo que serían sus límites naturales, alentando lo que se ha llamado, en locución bien gráfica, la 'fuerza expansiva del derecho penal"».

Y concluíamos razonando que «… la necesidad de operar con criterios restrictivos en supuestos como el que ahora es objeto de atención por la Sala viene impuesta, además, por la preocupante constatación de una idea socialmente extendida que ve en el derecho penal el remedio taumatúrgico para condenar, siempre y en todo caso, por la comisión de hechos antijurídicos que, por su propia naturaleza, encontrarían un mejor tratamiento en el derecho administrativo sancionador. El efecto inmediato asociado a la fidelidad por esta Sala a los principios que, como hemos razonado, legitiman la aplicación de la norma penal no es otro que la lamentable conversión de cualquier pronunciamiento absolutorio en una colectiva sensación social de fracaso».

Cobran así pleno sentido los precedentes de esta Sala que ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre los delitos relacionados con el maltratado animal.

Nos referimos, de una parte, a la STS 186/2020, 20 de mayo, que si bien se refiere a un supuesto calificado conforme al artículo 337.4 del CP, aclara que «… el maltrato no solo comprende los ataques violentos, sino todos los comportamientos que, por acción u omisión, sean susceptibles de dañar la salud del animal. No requiere el tipo la habitualidad, pero el adverbio modal "cruelmente" añade una nota de dureza o perversidad, de gratuidad en la actuación que permita dedu-

cir una cierta complacencia con el sufrimiento provocado. Presupuesto que podrá cumplirse, bien con un proceder aislado de suficiente potencia, o con una reiteración de actos que precisamente por su persistencia en el tiempo impliquen un especial desprecio hacia el sufrimiento y dolor susceptibles de irrogar».

También de obligada cita es la sentencia de esta Sala núm. 940/2021, 1 de diciembre, en la que nos hacemos hace eco de la controversia doctrinal acerca de la naturaleza del bien jurídico protegido en los artículos 337 y 337 bis del CP, que divide a los partidarios de una concepción antropocéntrica que considera que son «… los sentimientos de amor y compasión hacia los animales los que se ven afectados cuando se presencia o se constata el maltrato animal, siendo estos sentimientos los que justifican la punición del comportamiento»; y una consideración subjetivista del bien jurídico que entiende que el animal es el verdadero objeto de protección, «tanto desde la concepción de que es un verdadero poseedor de derechos subjetivos, cuanto desde la consideración, más limitada, de que el animal es al menos merecedor de un determinado bienestar».

Señalábamos entonces «que la previsión de una categoría de delitos exclusivamente orientados a preservar el bienestar animal no descansa en que los animales sean titulares de derechos, sino en que la naturaleza humana comporta un deber de respeto al resto de seres vivos, estando modulada esta exigencia por el grupo social y por la específica formulación de los distintos tipos penales por el legislador».

Apuntábamos que «… además de exigirse que el maltrato tenga como resultado la lesión, la muerte o la explotación sexual de un animal de los que normalmente quedan al cuidado y protección del hombre, el tipo penal requiere que el desprecio del bienestar animal carezca de justificación. Con ello no sólo se excluyen del tipo delictivo aquellas conductas que se encuentren legalmente autorizadas, como la experimentación con animales, los festejos taurinos, o un sacrificio en matadero vinculado a finalidades alimentarias o industriales y ajustado a la correspondiente regulación administrativa, sino cualquiera otra actuación en la que concurran razones objetivas que, pese a no estar legalmente previstas, hagan que el comportamiento que se enjuicia no desencadene un significado reproche social».

Proyectando esta doctrina sobre el supuesto de hecho enjuiciado, es evidente que el reproche social vinculado a la situación de abandono que ambos acusados permitieron respecto del caballo cuyo cuidado habían asumido conjuntamente, justifica una sanción. Pero la intensidad y el significado de ese reproche obtienen un mejor tratamiento en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

De fecha más reciente, la STS 229/2022, 11 de marzo, estimó el recurso de quien había sido condenado como autor de un delito previsto en el artículo 337.1 del CP y absolvió al acusado, al estimar la necesidad de «… de reservar un ámbito en el derecho administrativo sancionador para cierto grupo de lesiones causadas a animales, domésticos o no. No se trata ahora de cuestionar la antijuricidad de los hechos, sino de recordar –principio de intervención mínima y carácter de última ratio del derecho penal– que el derecho éste ha de reservarse para los ataques más intolerables a los bienes jurídicos. Para ilícitos de menor entidad debe ser suficiente el derecho administrativo sancionador».

En la STS 186/2020, 20 de mayo, anotábamos distintos pronunciamientos de Audiencias Provinciales, cuya lectura hace perfectamente entendible la idoneidad de la respuesta penal frente a la mera sanción administrativa. Los hechos que allí se describen justifican, sin más, la aplicación del derecho penal frente al derecho administrativo. Así, la sentencia núm. 60/2010, 9 de julio (Sección 27 Audiencia Provincial de Madrid), dictada con anterioridad a la reforma de 2015, consideró delictivo que, en un escenario de violencia de género, el acusado diera muerte al cachorro de tres meses propiedad de la víctima, partiéndolo por la mitad al golpearle con un extintor con el que previamente la había atacado a ella cuando se encontraba en su domicilio; la sentencia núm. 202/2011, 22 de marzo –confirmada por esta Sala en la STS 183/2012, 13 de marzo–, condenó penalmente a quien, en el contexto de un robo en domicilio particular, propinó una patada a un perro pequeño propiedad de la moradora, estampándolo contra la pared y matándolo.

[…] En el presente caso, la lectura del juicio histórico pone de manifiesto que los acusados no prestaron al caballo el cuidado debido, «… al no facilitarle los alimentos y líquidos necesarios para cubrir sus necesidades, no sólo para subsistencia sino para llevar una vida sana y adecuada, provocando con ello un daño innecesario al caballo que sufrió de inanición, careciendo de cualquier tipo de control higiénico sanitario. El caballo se encontraba en un corral situado en la calle Cabezo Ballestero de la localidad de Épila (Zaragoza) rodeado de heces secas y escombros, sin ningún tipo de comedero, pienso o alimento; con una valla sin las condiciones necesarias de seguridad, sin comedero, ni depósito de agua».

La reprobación que merecen los hechos imputados a ambos recurrentes no puede prescindir de un elemento del tipo objetivo descrito en el artículo 337 del CP, que exige que como consecuencia de ese maltrato injustificado se cause al animal «… lesiones que menoscaben gravemente su salud». Y esta circunstancia no está debidamente

reflejada en el factum. Incluso en la fundamentación jurídica de la sentencia cuestionada se recoge un elemento fáctico, también invocado por la defensa al reivindicar la apreciación de la atenuante de reparación, que puede ser valorado conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala en favor del condenado. Y es que el animal fue examinado 15 días después de los hechos por un veterinario que certificó su buen estado de salud.

(STS 238/2025, de 13 de marzo).

ARTÍCULO 384 CP

Conducción sin permiso. Es atípica la conducción de un vehículo, una vez cumplida una condena de privación a conducir vehículos de motor por tiempo superior a dos años, sin haber superado con aprovechamiento el curso de sensibilización y reeducación vial.

La conducta no puede subsumirse en el apartado primero del artículo 384 CP porque en ese precepto se sanciona la conducción «en caso de pérdida de puntos asignados legalmente». Exigencias elementales del principio de tipicidad imponen la obligación de sancionar penalmente las conductas tipificadas y en este caso es evidente que el referido tipo penal se refiere exclusivamente a la conducción cuando el sujeto ha sido privado de los puntos asignados al permiso de conducir. No puede extenderse la sanción a otra conducta diferente.

[…] Tampoco puede subsumirse en el párrafo segundo del artículo 384 CP que prescribe la misma sanción a quien «realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción».

En la sentencia impugnada se hace alusión a la sentencia de esta Sala número 510/2022, de 25 de mayo, para afirmar que la conducta podría subsumirse en el artículo 384, párrafo segundo, sin hacer tampoco una afirmación categórica al respecto. No obstante, la citada sentencia carece de valor como precedente dado que no se pronunció sobre la calificación jurídica de los hechos por problemas derivados de la técnica casacional, limitándose a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia impugnada.

El artículo que comentamos utiliza el concepto de «privación cautelar o definitiva del permiso» que es un concepto normativo desconocido en el Código Penal dado que cuando se impone como sanción la

prohibición de conducción el Código utiliza o la dicción «pérdida de vigencia» (art. 384, párrafo primero) o la de «privación del derecho a conducir» (arts. 379, 380 y 381).

Si acudimos al artículo 47.1 CP, que establece los efectos generales de las penas privativas de derecho, se establece que «la imposición de la pena de privación de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia» y en el artículo 47.3 CP se prescribe que «cuando la pena impuesta lo fuere por tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte respectivamente».

Algunas posiciones doctrinales consideran que la pérdida de vigencia es equivalente a la pérdida definitiva, pero tanto el artículo 384, párrafo segundo utiliza los dos conceptos de forma diferenciada, lo que debe tener incidencia en la interpretación de la norma.

Se utiliza como argumento justificativo de esa equiparación lo previsto en el artículo 73.1 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, al disponer que «El titular de un permiso o licencia de conducción que haya perdido su vigencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 del Código Penal, al haber sido condenado por sentencia firme a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a dos años, podrá obtener, una vez cumplida la condena, un permiso o licencia de conducción de la misma clase y con la misma antigüedad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 71.2 para la pérdida de vigencia de la autorización por la pérdida total de los puntos asignados».

Sin embargo adviértase que el precepto no utiliza la expresión «pérdida definitiva» del permiso sino «pérdida de vigencia», que debe entenderse como una pérdida temporal ya que aunque la norma diga que con la superación del curso se obtendrá un nuevo permiso, a continuación precisa que será «de la misma clase y de la misma antigüedad», es decir, se rehabilitará el permiso que tenía el conductor.

No hay, por tanto, base normativa para identificar pérdida definitiva con pérdida de vigencia y esa es la razón por la que la propia Fiscalía General del Estado, en su Circular 10/2011, de 17 de noviembre, consideró que no eran términos equiparables señalando que, de un lado, sería contradictorio que se sancionara con la pérdida definitiva del permiso a quien hubiera sido privado cautelarmente sin imponer la misma sanción a quien hubiera sido privado por tiempo inferior a dos años y, de otro, que la condición de pérdida definitiva atiende a la declaración

efectuada en sentencia por lo que sólo si ésta así lo dispusiere habrá pérdida definitiva. En otro caso, habrá pérdida de vigencia que es un concepto normativo diferente y que supone la pérdida limitada al tiempo establecido en la correspondiente sentencia condenatoria.

Por último y desde la perspectiva de la antijuridicidad material, no parece razonable equiparar a efectos punitivos a quien ha sido reiteradamente sancionado en vía administrativa y pierde la totalidad de los puntos asignados a su licencia o a quien nunca ha tenido permiso de conducir y pese a ello conduce frente a quien, habiendo acreditado tener capacidad para conducir vehículos de motor y es sancionado, ha cumplido íntegramente la sanción y conduce sin haber realizado el curso de sensibilización, impuesto por la normativa administrativa. Ciertamente esa conducta es reprochable pero su gravedad no parece equiparable a las otras dos situaciones a las que se refiere el artículo 384 CP.

[…] Precisamente porque es reprochable la conducta el Ministerio Fiscal sostiene en su recurso, como también lo hacía en la citada Circular 10/2011, que esa clase de hechos podrían subsumirse en el delito de quebrantamiento de condena. Se propugna una solución intermedia que pretende sancionar penalmente de forma más benigna a quien no supera el curso de sensibilización, excluyendo equiparar ese incumplimiento al de las otras conductas del artículo 384 CP.

Entiende el Ministerio Público que el incumplimiento de la obligación de superar el curso de sensibilización participa de la naturaleza de una pena accesoria, en tanto que la pena principal (pérdida del permiso de conducir por tiempo superior a dos años) ya ha sido cumplida y ejecutada, por lo que ese incumplimiento es subsumible en el delito de quebrantamiento.

Sin embargo, hay un problema insoluble para ese encaje y es que el curso de sensibilización no forma parte de la condena penal. El Código Penal no establece la obligación de superar ese curso como pronunciamiento de condena. La superación del curso es una exigencia adicional de naturaleza administrativa que viene impuesta por el artículo 73.1 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, y esa es la razón por la que el propio Ministerio Público condiciona la punición a que exista un requerimiento específico a la realización del curso, lo que originaría la inaceptable solución de que la conducta sería punible en función de que exista o no ese requerimiento que, en cualquier caso, el tribunal no viene obligado a hacer porque no forma parte del pronunciamiento de condena.

Sería necesario para proceder a la condena de esta conducta una modificación legislativa que superase los problemas de tipicidad que advertimos en la actual regulación del Código Penal por lo que la con-

ducta enjuiciada es atípica y no susceptible de condena, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda.

(STS 850/2025, de 16 de octubre).

ARTÍCULO 392 CP

Falsedad en documento mercantil. Inexistencia. Falsedad carente de especial idoneidad lesiva colectiva para el tráfico mercantil.

Como hemos puesto de relieve de manera reiterada, en estos tipos de contratos criminalizados el sinalagma contractual pactado, aun de forma tácita, actúa como una suerte de pantalla obligacional para el que defrauda. La lesión del sinalagma, entendido como conjunto de deberes prestacionales principales y accesorios, no es, por tanto, consecuencia del incumplimiento del contrato, sino simple y llanamente de la previa maniobra engañosa que antecedió al propio desplazamiento por parte del sujeto pasivo –*vid*., entre muchas, STS 343/2022, de 10 de mayo; 762/2022, de 15 de septiembre–.

Y no es otro el caso que nos ocupa.

8. Solución distinta, sin embargo, merece la subsunción de los hechos en el delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392, en relación con el artículo 390.1.3.º, ambos, CP. Y ello porque no identificamos la notas que permitan considerar al documento que se tacha de falso como de naturaleza mercantil a efectos penales.

9. De forma necesaria, la estimación parcial del motivo se nutre de las razones de la STS, de Pleno, 232/2022, de 14 de marzo. En efecto, la necesidad de una respuesta casacional uniforme, constatada la existencia de dos líneas jurisprudenciales diversas sobre el concepto de documento mercantil a efectos penales, llevó a la Sala a una reformulación restrictiva del mismo que contó con el apoyo unánime de todos sus integrantes. El punto de partida fue la necesidad de identificar el fundamento del notable mayor castigo del delito de falsedad en documento mercantil respecto a otros comportamientos falsarios. Y para ello, como precisábamos en la referida sentencia, resultaba imprescindible situarse en el análisis del bien jurídico, objeto de tutela en el artículo 392 CP, pues solo desde necesidades específicas de mayor protección podía justificarse tan desaventajado tratamiento penal respecto a otras conductas falsarias. Pues bien, identificado como tal la seguridad del tráfico mercantil, la sentencia del Pleno

destacó su proyección supraindividual mucho más acentuada que con relación al bien jurídico protegido mediante el delito de falsedad en documento privado. Residiendo aquí, precisamente, la razón que justifica las necesidades de protección penal intensificada, anudando a su lesión un mayor reproche punitivo. Lo que explica, también, tanto su ubicación junto a los documentos oficiales y públicos, como, a la postre, su equiparación penológica con las conductas falsarias que recaen sobre ese tipo de documentos. No parece discutible que mediante la sanción de la falsedad de documentos públicos u oficiales se pretende proteger la confianza de la ciudadanía en el buen uso de las facultades o potestades reconocidas a determinadas autoridades o funcionarios para confeccionar documentos. Condiciones de confección presuntivas que son las que otorgan al documento falseado público u oficial la idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido y afectar a las funciones documentales con mayor intensidad. Como sostuvimos en la referida Sentencia de Pleno, «dicha equiparación acentúa la necesidad de que el documento mercantil falseado incorpore también una especial intensidad lesiva de las funciones documentales, equiparable a la de los documentos públicos u oficiales. Nivel especial de lesividad que cabe predicar de aquellos que, además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil, gocen de una proyección cualificada en el tráfico jurídico. Como argumento de interpretación histórica que refuerza dicha conclusión cabe referirse a la anterior redacción del artículo 303 CP, texto de 1973, precedente del actual artículo 392, en la que se precisaban las clases de documentos mercantiles en relación de analogía o similitud con las letras de cambio. Dicha referencia patentizaba, de forma concluyente, la ratio protectora en cuanto tales documentos por su potencialidad fijadora del crédito y su intrínseca operatividad abstracta, sí incorporan evidentes marcadores de lesividad del bien jurídico de la seguridad del tráfico en su dimensión colectiva o general. El hecho de que la nueva definición típica no incorpore dicha precisa referencia no permite interpretar de contrario la ruptura contextual de significados, pues sigue situándose al documento mercantil en una posición de aventajada protección punitiva que continúa reclamando explicación sistemática».

De tal modo, la consideración del bien jurídico, como elemento rector tanto para la interpretación de los elementos del tipo como para la medición de la antijuricidad exigida para su efectiva lesión, justifica reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 CP. Limitando su aplicación a aquellas conductas falsarias que recaen sobre documentos mercantiles que, por el grado de confianza que generan para

terceros, puedan afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva, del tráfico jurídico-mercantil.

Así, resultará suficiente la protección penal mediante el tipo del artículo 395 CP frente a la falsedad de otros tipos de documentos que, si bien plasman operaciones mercantiles o han sido confeccionados por empresarios o comerciantes, carecen de dicha especial idoneidad lesiva colectiva –por ejemplo, contratos, presupuestos, tiques, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros–.

10. Partiendo de lo anterior, surge, irremediablemente, una doble cuestión ¿Puede afirmarse que la falsificación de un documento en el ámbito de una relación contractual privada en la que las partes son comerciantes es susceptible, en todo caso y por sí, de afectar con la intensidad exigida a la seguridad del tráfico mercantil? ¿El contrato de suministro otorgado en este caso es documento mercantil a los efectos típicos del artículo 392 CP?

Ambas cuestiones merecen una respuesta negativa. Los elementos falsarios penalmente significativos del clausulado de un contrato otorgado entre particulares, aunque estos puedan ostentar la condición de comerciantes y fijen una regla negocial de naturaleza mercantil, carece, por un lado, de eficacia más allá de la relación negocial entre aquellos y, por otro, de potencialidad significativa para lesionar la seguridad del tráfico mercantil en un sentido colectivo.

Por ello, en el caso, atendido el contenido contractual del documento otorgado debe reputarse que, de existir conducta falsaria, en los términos precisados en la sentencia recurrida –«por suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido»– debe considerarse recaída sobre documento privado a los efectos típicos del artículo 395 CP.

11. Lo anterior arrastra una consecuencia estructural: la aparición de un concurso aparente de normas entre el delito de estafa y el delito de falsedad en documento privado a resolver, en el caso, conforme al principio de consunción. En efecto, este, a diferencia del delito de falsedad de documento mercantil, incorpora como elemento específico la finalidad de perjudicar a otro. Y ello se traduce en que si el perjuicio producido o buscado con la falsedad del documento privado tiene naturaleza patrimonial se confunde con el de la propia estafa, lo que determina su absorción por esta cuando se presente consumada –*vid*. SSTS 126/2016, de 23 de febrero; 863/2021, de 12 de noviembre–.

12. La consecuencia reductora de la responsabilidad penal que se deriva de la consideración como privado del documento contractual

disculpa de la necesidad de analizar si, en el caso, la mera mención a un tercero en una cláusula de fijación de prestaciones accesorias del contrato –que las facturas se emitan a nombre de una mercantil distinta al otorgante respecto de la que, además, no ostenta ningún poder de representación– puede considerarse que colma la acción típica –«suponiendo en un acto la intervención de terceros que no la han tenido»–. Cuestión compleja, a la luz de las muy singulares circunstancias del caso, que obligaría a trazar los respectivos espacios de tipicidad de las conductas falsarias de los ordinales 1.º, 3.º y 4.º del artículo 390 CP, para evitar excesos tanto de extensión como de restricción no justificada de la intervención penal.

(STS 528/2025, de 10 de junio).

ARTÍCULO 401 CP

Usurpación de estado civil. Inexistencia. Suplantar la identidad de otro en el examen teórico de conducir constituye delito de falsedad en documento oficial y no usurpación de estado civil. El relato de hechos probados no refleja que el acusado asumiera derechos o beneficios de la persona cuya identidad suplantó.

El artículo 401 del Código Penal sanciona al que «usurpare el estado civil de otro», ofreciendo la misma redacción que presentaba el artículo 470 del Código Penal de 1973. Y aun cuando nuestra jurisprudencia ha destacado que tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 el delito ha dejado de ubicarse bajo la rúbrica de los delitos contra el estado civil de las personas para insertarse en las falsedades del Título XVIII del Código Penal, también hemos expresado que usurpar equivale a atribuirse algo ajeno y que esta asignación debe contemplarse desde su significación etimológica. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española usurpar es apoderarse de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro y, como segunda acepción, supone arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, usándolos como si fueran propios. Consecuentemente, hemos subrayado que la usurpación del estado civil supone algo más que usar el nombre y apellidos de otro, exigiendo la actividad delictiva que el sujeto activo se apropie de alguna de las facultades, derechos u obligaciones que sólo a esa persona suplantada corresponderían (STS 635/2009, de 15 de junio). Y hemos remarcado, además, que la suplantación debe venir revestida de una cierta continuidad o permanencia en el tiempo, pues el aislado delito de uso público de nombre

supuesto que recogía el artículo 322 del Código Penal de 1973, quedó sin expresión típica en el Código Penal vigente (STS 669/2009, de 1 de junio).

(STS 2/2025, de 15 de enero).

ARTÍCULO 402 CP

Usurpación de funciones públicas. El delito no castiga a quien con la simple intención de impresionar a otro crea un escenario que realce su imagen ante aquél.

Se queja el recurrente de que, partiendo del relato fáctico de la sentencia recurrida, no se describen los elementos del tipo penal definido en el artículo 402 CP: usurpación de funciones en el sentido de ejercicio ilegítimo de actos propios de una autoridad o funcionario público, con atribución de carácter oficial.

En nuestro caso, como comprobaremos seguidamente, los hechos relatados son sustancialmente iguales a los analizados en la Sentencia de esta Sala Casacional, STS 441/2024, de 22 de mayo, con el resultado absolutorio respecto al delito de usurpación de funciones, lo que aquí debemos de mantener de igual forma, sustancialmente con arreglo a un criterio constitucional de igualdad ante la ley, evitándose, en consecuencia, fallos contradictorios.

En efecto, la seguridad jurídica, como valor constitucional, se vería seriamente resentida si ante situaciones iguales o similares el ordenamiento jurídico ofreciera soluciones desiguales y, por tanto, contradictorias.

Por ello, trasladaremos la argumentación de la referida STS 441/2024, de 22 de mayo, a nuestro caso, aplicando el propio resultado absolutorio.

Relata tal fallo judicial que nuestra STS 897/2012, de 14 de noviembre, que es exponente de nuestro criterio interpretativo del tipo penal contenido en el artículo 402 CP declara que el citado precepto, como una modalidad de falsedad, con capítulo específico, sanciona a quien aparenta la titularidad de una potestad o función pública de la que se carece, de tal suerte que suscite error en los demás al respecto. Los requisitos del delito son:

a) El autor debe llevar a cabo «actos», en plural, es decir con una cierta persistencia, siquiera mínima, para que la calidad simulada pueda ser tenida por existente en realidad.

b) Los actos cuya ejecución consuma el delito se caracterizan porque cabe predicar de ellos que son «propios» de una autoridad o funcionario. Y propio significa según el Diccionario de la RAE perteneciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello.

c) Y además han de concurrir otras dos circunstancias. Una, negativa, de la que depende la antijuridicidad, cual es la de que ese actuar no sea legítimo, es decir que no concurra ningún elemento que autorice a aquella ejecución de tales actos aun cuando el sujeto activo no tenga la cualidad de autoridad o funcionario de la que tales actos son propios. Otra, que delimita la condición del sujeto activo del delito y atañe a la forma o modo de ejecución de los actos. El sujeto activo no puede ser autoridad o funcionario que se simula y debe llevar a cabo actos que impliquen atribuirse el carácter oficial que no se ostenta.

d) Esa configuración del presupuesto objetivo del tipo penal implica, en lo subjetivo, que solamente cabe la actuación dolosa, no estando tipificada la modalidad culposa. El sujeto ha de realizar los actos conscientes de que se «atribuye» una calidad y de que «no la ostenta», es decir que actúa con consciencia y causando engaño a los demás.

En la STS 898/2012, de 11 de noviembre, se declaró que «este delito que, en el plano objetivo, requiere el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario, ya sean los atribuidos por una disposición legal o reglamentaria, o los que estén en el contexto de las atribuciones cuyo carácter oficial se adjudica el sujeto activo del delito, de manera tal que el engaño que sufre el que se relaciona con el falso funcionario está sustentado sobre la actividad funcionarial que efectivamente realiza el sujeto activo del delito. En el ámbito subjetivo, exige la asunción por el agente de esa función pública, ya sea manifestando oralmente o dándolo a conocer por actos con capacidad bastante para engañar a una persona o a una colectividad, con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y con voluntad de realizar su irregular actuación (SSTS 677/1998, 18 de mayo y 677/1998, 24 de junio).

El agente, en fin, ha de actuar con el propósito de obrar suplantando o falseando la realidad administrativa que se deriva de la exigencia de un nombramiento ajustado a la normativa funcionarial para poder desarrollar unas determinadas funciones públicas –*vid*. SSTS 677/1998, 18 de mayo; 677/1998, 24 de junio; 911/1999, 9 de junio, 897/2012, de 14 de noviembre; 772/2007, de 4 de octubre; 590/2016, de 5 de julio; 206/2022, de 8 de marzo–.

La conducta de usurpación penalmente significativa no viene determinada solo porque el destinatario del engaño crea que el sujeto activo

del delito reúne la condición de autoridad o funcionario. Además, debe exigirse que la errónea representación sea consecuencia de la realización de actos propios de dicha condición o «sólo entendibles», como afirmábamos en la antes mencionada STS 590/2016, en el marco de la actuación profesional pública del funcionario. Se trata, a la postre, de la ocupación ilícita de cualidades profesionales públicas.

Ello supone la necesidad de identificar un marco predeterminado de referencia que permita valorar normativamente si, en efecto, la conducta seguida por el usurpador se ajusta al contenido socialmente reconocible de la función pública que afirma ostentar.

En la STS 897/2012, de 14 de noviembre se consideró delito atribuirse la condición de policía local y en las SSTS 898/2012, de 15 de noviembre y 206/2022, de 8 de marzo se consideró delito atribuirse la condición de Mosso d?Esquadra exhibiendo bien una placa de policía y unas esposas, bien una documentación con membrete de dicho cuerpo. Se estimó la existencia de delito en quien se hizo pasar por Jefe del Departamento de Informática de un ayuntamiento, una vez que había cesado en dicha función (STS 911/1999, de 9 de junio) y en la STS 1670/2002, de 18 de diciembre, se apreció la existencia de usurpación en la conducta de quien se hizo pasar por policía enseñando fugazmente una cartera con el ademán propio del que hace un agente al identificarse, para conseguir que una joven se acercara a un vehículo y consumar allí una agresión sexual.

Por el contrario, no se apreció este delito en un caso en que la función supuestamente usurpada no existía en la administración sanitaria (STS 361/1998, de 16 de marzo), tampoco en unos individuos que exhibieron unas placas de identificación del CNI para obtener ilícitamente una importante cantidad de dinero (STS 849/2022, de 27 de octubre) y tampoco en atribuirse la condición de médico de la Seguridad Social porque se trata de personal estatutario que carece de la condición de funcionarios públicos (STS 677/1998, de 18 de mayo).

En el caso enjuiciado por la STS 441/2024, de 22 de mayo, el acusado realizó una única acción de suplantación, consistente en hacerse pasar por un cargo inexistente –enlace entre la Vicepresidencia del Gobierno y la Casa Real–, en una entrevista con un empresario el día 13 de agosto de 2014. A fin de llevar a cabo la suplantación realizó otro conjunto de actos auxiliares respecto de los que la sentencia no precisa que se hiciera pasar también por ese mismo cargo.

Se apostilla en la sentencia de referencia que, en realidad, para la tipicidad de la conducta se precisa que el acto que se realice sea «propio» de una autoridad o funcionario y esa exigencia nos lleva a cuestionar la naturaleza oficial del acto realizado.

En nuestro supuesto fáctico, en la entrevista con el director del banco, no se narra acto alguno que describa una actuación de un cargo público u oficial, sino por el contrario, una influencia externa u oficial para obtener un determinado comportamiento del director del banco, consiguiendo que se extrajera determinada cantidad de dinero de la cuenta de Saturnino, lo que finalmente se logró con otra superchería, pero no directamente por la influencia del supuesto agente oficial del servicio de inteligencia.

En efecto, los hechos probados narran que el día 10 de octubre de 2014, el acusado en compañía de Saturnino acudieron a la sucursal del banco de Santander sita en Paseo de la Castellana de Madrid, donde mantuvieron una reunión con el director de dicha sucursal, siendo presentado el acusado al director por Saturnino como alguien que trabajaba para el Gobierno, para luego transmitirle que tenía un problema con Hacienda y quería llevarse todo el efectivo que tuviera en el banco para que no lo embargasen, ante lo cual el director de la sucursal puso de manifiesto las dificultades técnicas y operativas para ello atendiendo a la normativa aplicable en materia de blanqueo de capitales y a la falta de liquidez en ese momento en la sucursal y necesidad de habilitar un furgón para trasladar a la oficina todo el efectivo solicitado, momento en que el acusado se levanta y simula una conversación telefónica con la Vicepresidenta del Gobierno, tras lo cual y dado que el director se mantuvo firme en las dificultades puestas de manifiesto, entonces se le propuso poner el dinero a nombre de otra persona y al preguntar el director a nombre de qué persona, el acusado se ofreció a ello volviendo nuevamente el director a plantear inconvenientes y a pedirle su documento nacional de identidad y un justificante de actividad por la normativa vinculada al blanqueo de capitales, enseñándole el acusado su carnet de identidad a la par que manifestó que no tenía nómina y era agente del Centro Nacional de Inteligencia, para acto seguido entregar su D. N. I. y facilitar su número de teléfono y direcciones de correo electrónico.

Durante esta reunión encima de la mesa del director de la sucursal, el acusado colocó intencionadamente un documento escrito en el que aparecía la bandera de España y un membrete de altas instituciones del Estado.

Como quiera que el director de la sucursal bancaria siguió formulando objeciones a esta segunda alternativa ofrecida, finalmente Saturnino retiró dinero en efectivo por importe de 25.000 euros previa entrega de un cheque por dicho importe emitido al portador con fecha del día 10 de octubre de 2014, firmado por Camino.

Una vez fuera de la sucursal bancaria el acusado recibió de Saturnino esos 25.000 euros, y dado que el director de la sucursal se quedó

absolutamente extrañado por las características de las operaciones propuestas, tras consultar con los servicios de seguridad bancaria, alertó telefónicamente a la mujer de Saturnino trasladándole la irregularidad de la situación, motivo por el que Camino habló con su marido diciéndole que pidiera la devolución del dinero, cosa que así hizo Saturnino, ante lo cual el acusado por la tarde de ese día 10 de octubre le entregó un sobre con 10.000 euros.

De manera que parece claro que el acusado simula aparentar una influencia como agente de inteligencia ante el director del banco, pero ello no es una simulación de las funciones de un cargo o funcionario público, sino precisamente un comportamiento nada ético, y desde luego, totalmente reprochable desde una perspectiva de una supuesta legalidad de su función como agente estatal.

Es claro que el artículo 402 CP exige que los actos realizados por el sujeto activo sean propios de una autoridad o funcionario, lo que exige que el cargo que se dice ostentar exista y tenga atribuidas las funciones que se realizan indebidamente. En este caso el cargo no existía. Se refiere en el juicio histórico «como alguien que trabajaba para el Gobierno», «enseñándole el acusado su carnet de identidad a la par que manifestó que no tenía nómina y era agente del Centro Nacional de Inteligencia, para acto seguido entregar su D. N. I. y facilitar su número de teléfono y direcciones de correo electrónico» (no consta que oficiales).

La Sentencia sobre la que descansa nuestra resolución judicial (STS 441/2024, de 22 de mayo), sostiene que el delito no castiga a quien con la simple intención de impresionar a otro crea un escenario que realce su imagen ante aquél y eso es lo que sucedió en este caso. No concurren los presupuestos típicos exigidos para la sanción penal de la conducta enjuiciada, lo que conduce a la estimación del motivo y a la absolución del recurrente por el delito de usurpación de funciones por el que ha sido condenado.

(STS 885/2025, de 29 de octubre).

ARTÍCULO 404 CP

Prevaricación administrativa. Inexistencia. Concesión de una nueva subvención para hacer frente a obras no incluidas en el proyecto inicialmente subvencionado. No puede apreciarse un fraude de ley en la decisión de afrontar el pago de las obras que excedían del proyecto.

Contrariamente a lo que se indica en la sentencia impugnada, el delito de prevaricación no puede asentarse en la decisión de conceder

una nueva subvención y la eventual contradicción de esta medida con el ordenamiento jurídico.

[…] La sentencia argumenta que la decisión se enfrentaba a los artículos 234.2 y 234.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público entonces vigente (TRLCSP), al quebrantar el principio de concurrencia que se recogía en tales preceptos. En concreto reprocha que se «concedió por la Diputación Provincial una nueva subvención ad hoc justificada en un supuesto proyecto de melloras cuya adjudicación mediante un simulado negociado sin publicidad, estaba decidida de antemano a favor de aquella empresa y comprendía obras ya realizadas así como otras nuevas; con infracción de la normativa administrativa en la materia (entre otros arts. 234.2, 234.3,1 del entonces vigente TRLCSP), del principio de concurrencia que rige en la contratación pública y de las prohibiciones contenidas en las Bases Reguladoras do Plan de Investimentos da Deputación Provincial de Pontevedra 2009-2011 (décimo cuarta), en cuanto no admitían ni modificados ni liquidaciones con incremento a cargo de la Diputación».

Pero los criterios de ilegalidad que se esgrimen en la sentencia de apelación no son correctos.

La modificación de un contrato público surge cuando cambian algunas de las necesidades del órgano de contratación o cuando aparecen hechos nuevos que resultaban imprevisibles en el momento de planificar el contrato. Para estos supuestos, el artículo 234.1, 234.2 y 234.3 del TRLCSP entonces vigente, establecía un mecanismo de determinación del precio de las modificaciones entre las partes contratantes y no la obligación de derivar su ejecución a una nueva licitación con terceros como parece pretenderse.

En concreto establecían que, en caso de que la modificación supusiera la supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tenía derecho a reclamar indemnización alguna. Por el contrario, cuando las modificaciones supusieran la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difirieran de las fijadas en éste, el precio aplicable a las modificaciones debía ser fijado por la Administración previa audiencia del contratista. Sólo si éste no aceptaba los precios fijados novedosamente por la Administración, el órgano de contratación podía contratar las modificaciones con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente, lo que aquí no se proclama que ocurriera. Y preceptuaba, también, que cuando fuera el Director facultativo de la obra el que considerara necesario hacer una modificación del proyecto, debía

pedir previamente autorización al órgano de contratación para abordarlo; estableciéndose un procedimiento para fijar entre ellos el precio si la modificación desbordaba el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto y representaba un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato.

Consecuentemente, ni la norma establece ningún impedimento para introducir modificaciones o aumentos en un proyecto, ni desde luego conduce a que necesariamente deba abrirse, con concurrencia de terceros, un procedimiento de licitación para su ejecución.

[…] Tampoco la ley prohibía la concesión de una nueva subvención para obras que no estaban recogidas en el proyecto inicial. Ni la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, prohíbe sufragar actuaciones que no estén reflejadas en una subvención anterior (concurrencia de subvenciones), ni siquiera para otorgar una ayuda económica puede ser obstáculo que las obras subvencionadas estén ya ejecutadas y terminadas, pues, como indican los recurrentes, el artículo 2.1.b) del texto normativo reconoce como subvención cualquier disposición numeraria sujeta «al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar». Y de igual modo se posiciona la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, que redacta su artículo 2.1.b) en los mismos términos que la norma nacional.

[…] Sostiene la sentencia que la concesión de la nueva subvención se enfrentaba a lo dispuesto en la Decimocuarta de las Bases Reguladoras del Plan de Inversiones de la Diputación Provincial de Pontevedra para los años 2009-2011 que, sobre las «Modificaciones de los contratos», indicaba que «El órgano contratante de la Diputación no autorizará la realización de modificados ni complementarios de los proyectos, ni liquidación alguna por excesos de medida. Asimismo, tampoco autorizará la aplicación de bajas de adjudicación ni para éste, ni para otros proyectos».

Pero lo que la norma veta con esa previsión es que unas obras subvencionadas puedan, por vía de modificaciones u obras complementarias, romper las posibilidades presupuestarias de la Diputación Provincial inicialmente computadas para ese periodo temporal, no que las modificaciones de obra no puedan abordarse o que la Diputación Provincial no pueda asumir su pago con mecanismos que eludan ese riesgo.

En concreto, en el párrafo siguiente al anteriormente transcrito, la norma recogía que «Si excepcionalmente fuese necesario el incremento del coste será con cargo al crédito del ayuntamiento, que habrá de

renunciar a la ejecución de alguna otra obra si fuera preciso. En este caso deberá realizarse el ingreso con carácter previo al expediente de modificación»; haciendo con ello referencia a la Caja de Crédito Municipal, a través de la cual la Diputación concede anticipos reintegrables a los municipios para financiar la aportación económica que estos hagan a los Planes Provinciales de Obras y Servicios de la Diputación o a cualquier otro Plan que apruebe la Diputación para obras y servicios.

Consecuentemente, la cobertura económica de unas obras diferentes de las inicialmente subvencionadas, con cargo a unos presupuestos distintos y en un ejercicio posterior al trienio contemplado por la norma, no podía descomponer la previsión presupuestaria de la Diputación, que es lo que la base decimocuarta no permitía.

Con todo, no puede entenderse que exista un fraude normativo cuando el propio Tribunal de apelación declara que la decisión de conceder la segunda subvención, adoptada por toda la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial y no sólo por su Presidente, vino referida a unas obras que: a) efectivamente se habían hecho; b) eran diferentes de las que se habían incluido en el proyecto de obra inicialmente subvencionado; c) se facturaron conforme a los precios de mercado y d) se atendieron finalmente con cargo a la partida presupuestaria NUM000, que era de libre disposición del Presidente de la Diputación y correspondía al presupuesto del trienio posterior, esto es, del año 2013. Máxime, si consideramos que estas obras tampoco se abordaron por una connivencia entre los acusados para simular o generar artificialmente su necesidad, pues ese concierto no se refleja en ningún punto de los hechos probados y no se ha hecho ningún esfuerzo probatorio por definir cuáles fueron las causas y los responsables del aumento de las obras o si existió alguna actuación desviada de los contratistas o de los funcionarios para realizarlas.

Dicho de otro modo, no puede apreciarse un fraude de ley en la decisión de afrontar el pago de las obras que excedían del proyecto, cuando el relato de hechos probados de la Audiencia Provincial proclama que estas obras estaban realmente ejecutadas, se facturaron a precio de mercado, se pagaron por la Diputación sin descomponer el presupuesto del año en el que se otorgó la subvención del proyecto inicial, y no aparece en el procedimiento ningún marcador que refleje que las obras se hicieran por un interés ilegítimo de los involucrados.

[…] La sentencia de apelación impugnada también hace descansar el delito de prevaricación en que los acusados, cada uno en su condición, se pusieron de acuerdo para crear y desarrollar un procedimiento administrativo ficticio con la intención de que la Diputación Provincial pudiera adjudicar los trabajos y abonar el importe de la segunda

subvención a Construcciones Eiriña SL, al ser ésta la empresa que ya había ejecutado materialmente las obras que estaban fuera del proyecto final.

En concreto la sentencia proclama que, tras concederse la nueva subvención, Enriqueta, diputada delegada en materia de contratación, desconociendo el plan de los acusados porque se limitaba a firmar los documentos que le presentaban, aprobó el proyecto y expediente de contratación, acordando invitar al concurso público a las empresas Eiriña SL, Construcciones E. C. Casas SL y Canalizaciones y Construcciones Salnés SL. Y afirma también que, como la invitación a las dos últimas empresas fue sin el propósito real de valorar sus propuestas, la Diputada delegada en materia de contratación –por resolución del 8 de octubre de 2013– adjudicó la ejecución de las obras ya efectuadas a la empresa Construcciones Eiriña SL. Posteriormente, el 21 de octubre, firmó el contrato con Matías, como administrador de Construcciones Eiriña SL. Y una vez presentada la certificación de la obra el 22 de noviembre de 2013, la diputada delegada aprobó el 18 de diciembre el reconocimiento de la obligación de pagar la mencionada certificación.

[…] Reconoce la sentencia de apelación, con acierto, que la realización de un expediente de contratación en el que el adjudicatario está previamente definido y en el que los otros licitantes son invitados por su intención de no adjudicarse el contrato, supone la vulneración de los principios de concurrencia, igualdad y transparencia que rigen la contratación de la obra pública, como así recogían los artículos 131, 133, 139, 169 o 178 del RDL 3/2011, entonces vigentes.

Proclama también que la decisión que se tacha de ilegal no fue adoptada por Imanol, sino por la diputada delegada, que ejercía por sí misma la competencia encomendada de la contratación. Pero atribuye a aquel la responsabilidad porque el presidente de la Diputación era plenamente consciente de las irregularidades desplegadas para la contratación, reprochando así una comisión por omisión que parece extraerse de que, cuando el artículo 35.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece que el Presidente de la Diputación puede delegar el ejercicio de cometidos específicos a cualquier diputado, y entre ellos su facultad de dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras cuya titularidad o ejercicio corresponde a la Diputación Provincial [art. 34.1.d), de la Ley 7/1985], el delegante asume un implícito deber legal de supervisión de lo realizado por el delegado.

[…] No obstante, como indica la defensa, en todas las resoluciones de esta Sala que se recogen en la sentencia de apelación impug-

nada, la perversión en la adjudicación de la obra siempre estuvo acompañada de un desvalor que se añadía al mero incumplimiento de las exigencias de garantía inherentes al procedimiento administrativo de contratación.

En el supuesto de la STS 600/2014, de 3 de septiembre, un Teniente de Alcalde no solo prescindió de todo expediente administrativo para efectuar la contratación de un supuesto asesor de las empresas municipales, sino que lo hizo para contar con su asesoramiento personal y para facilitar al contratado unos ingresos por una actividad que nunca abordó. En aquel supuesto proclamamos la existencia del delito de prevaricación no solo porque se prescindió de todo procedimiento y se obvió todo trámite para la «contratación», sino porque respondía «al mero voluntarismo erigido como única fuente de la decisión, estando lo decidido en función del mero clientelismo político (beneficiar a un militante del partido) y en las antípodas del correcto funcionamiento de las instituciones. Existió un evidente daño a la causa pública».

En la STS 606/2016, de 7 de julio, relativa a un caso de contrato negociado sin publicidad, en el que se admitió la alegación del recurrente de que el trabajo contratado se había realizado correctamente y a precio de mercado (por lo que se le absolvió del delito de fraude del art. 436 del Código Penal por el que también había sido condenado), se mantuvo el delito de prevaricación porque la designación de la persona contratada efectuada de antemano, se había basado simplemente en que el beneficiado era «amigo y correligionario» de quien efectuó la contratación, declarando la Sala que la resolución arbitraria requiere ser objetivamente injusta y ser pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto activo, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

En la STS 311/2019, de 14 junio, no solo se trataba de un supuesto en el que se produjo la contratación de un determinado arquitecto para la ejecución de una obra con simulación del procedimiento administrativo seguido por la Administración, sino que la designación por el presidente de la Comunidad Autónoma había tenido lugar «sin que existieran razones objetivas, más allá de sus propios deseos y de su voluntad». En concreto, en dicha sentencia argumentamos «De los hechos probados se desprende con claridad que esa contratación se efectuó por el recurrente, directamente llegando a un acuerdo con el arquitecto, e indirectamente ordenando la confección del expediente que lo justificara aparentemente, sin ajustarse en modo alguno a dichos procedimientos administrativos de contratación, impidiendo la concurrencia de otros profesionales que pudieran estar capacitados

para aquella finalidad, sin que existieran razones objetivas, más allá de sus propios deseos y de su voluntad, para sostener de forma razonable que solamente el [indicado arquitecto] era capaz de la ejecución de lo pretendido».

En el supuesto de la STS 695/2019, de 19 de mayo de 2020, la existencia de un resultado materialmente injusto conectado a la adopción de la resolución arbitraria había quedado de manifiesto, entre otras razones, porque la licitación constituyó una farsa a través de la que conseguir dinero para poder pagar a la subcontratada, pues la persona a la que se habían adjudicado directa y previamente otros contratos carecía de capacidad técnica para ejecutarlos y hubo de acudir a la subcontratación para cumplir la encomienda.

En la STS 507/2020, de 14 de octubre, la contratación pública se impuso arbitrariamente en favor de unos adjudicatarios que habían ofrecido el pago de importantes comisiones a los responsables.

Y en la STS 1002/2021, de 17 de diciembre, se trataba de la venta de terrenos públicos con infracción de la legalidad de fondo y procedimental, pues la transmisión de los bienes raíces se hacía por menor precio del de mercado para primar el interés particular de los intervinientes.

[…] Sin embargo, no es esto lo que aconteció en este supuesto pues, según el propio relato fáctico de la Audiencia Provincial, las obras que excedieron del proyecto inicial, no se ha probado que se abordaran por un concierto ilegítimo de ninguno de los acusados; además, estaban realmente hechas, se habían facturado conforme a los precios de mercado y Imanol supo de su existencia cuando ya estaban terminadas.

Y dando la Audiencia Provincial esa realidad por probada, debemos contemplar la jurisprudencia contencioso-administrativa que hace referencia a esta cuestión.

La STS 930/2003, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, señalando asimismo su sentencia de 9 de octubre de 2020, destaca que el exceso en la ejecución de las obras efectivamente realizadas y entregadas a la Administración, tanto sea a consecuencia de actos de la propia Administración como de la dirección facultativa de la obra, produce un enriquecimiento injusto para aquella y un empobrecimiento para la contratista que impone a la Corporación la obligación de pagar el coste de las obras.

La misma sentencia, así como la sentencia de la misma Sala de 16 de octubre de 2000, reflejan que siempre que se realizan obras, unidades de obra u obras complementarias que no estaban comprendidas en el proyecto que sirvió de base al contrato administrativo, se están llevando a cabo modificaciones de dicho proyecto, siendo aplicable a

todos estos supuestos el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración.

Y en la misma resolución se recuerda, invocando una doctrina ya plasmada en las Sentencias de 12 de febrero de 1979, 21 de noviembre de 1981 o 15 de junio de 1999, que si efectivamente fueron ordenadas unas obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que este pueda percibir su importe. Lo relevante es que conste acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad de la contratación administrativa.

[…] Nuestra jurisprudencia ha indicado que la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal precisa de un plus de antijuridicidad, de modo que la resolución cuestionada introduzca un grave trastorno de la actividad normal de los organismos públicos; y recordábamos antes nuestra STS 82/2017, de 13 de febrero, en la que subrayamos que «La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada».

Sin embargo, en el caso enjuiciado no se declara probado un contenido injusto que venga derivado de la irregularidad en la contratación. Antes al contrario, lo que se declara probado es que la actuación de los acusados respetó la proscripción del enriquecimiento injusto que censura la jurisprudencia contencioso-administrativa antes indicada. Se afirma por la Audiencia, que la irregularidad que se desplegó para la contratación administrativa no estuvo pervertida por un interés ilegítimo del Presidente de la Diputación de Pontevedra o porque se concertara con otros para lograr beneficios particulares o contrarios a las obligaciones de la Administración. Lo que la sentencia proclama es que Imanol conoció que se habían realizado unas actuaciones no incluidas en el proyecto de obra, cuando los trabajos habían sido ya ejecutados. Proclama también que no se ha acreditado que el contratista actuara con mala fe cuando realizó las obras al margen del proyecto inicial (p. 75 de la sentencia de apelación impugnada). Por último, subraya que no consta que se haya cobrado por más de lo efectivamente realizado, ni tampoco a precios superiores a los del mercado (p. 74).

En tal coyuntura, el Presidente no podía ordenar la demolición de unas modificaciones al proyecto que estaban ya ejecutadas, pues

hubiera supuesto, además de la pérdida del servicio que iban a prestar las obras no previstas, la obligación de pagar al contratista una indemnización por los trabajos desmantelados y por los gastos de derrumbe.

En modo alguno puede asumirse que la demolición de la obra o el impago de los trabajos recibidos, fuera la actuación que imponía el ordenamiento jurídico al Presidente de la Diputación y que fueran precisamente esos los comportamientos garantizados con la amenaza de la sanción penal que le ha sido impuesta. La obligación impuesta por el ordenamiento jurídico era, como se ha subrayado con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, el pago de las modificaciones desarrolladas. Como reflejamos en nuestro ATS de fecha 16 de abril de 2021, Causa Especial 20490/2015, no es factible que se tache de ilegal o de injusto el pago de unos servicios irregularmente contratados pero que materialmente han llegado a obtenerse, pues lo contrario sería un claro supuesto de enriquecimiento injusto.

Podemos así concluir que el deber de pagar todas las modificaciones abordadas en la obra y el hecho de que estuvieran definidos los sujetos recíprocamente concernidos por la deuda, determinó que el expediente administrativo se desviara de sus exigencias legales, buscando únicamente que pudieran desbloquearse unos fondos correctamente asignados y que pudiera pagarse con ellos a la constructora que realmente había abordado los trabajos. Una consideración de atipicidad penal que no equivale proclamar la irrelevancia de los hechos, eventualmente sujetos a las oportunas responsabilidades administrativas o contables, si a ello hubiera lugar y se tuviera por conveniente.

(STS 96/2025, de 6 de febrero).

ARTÍCULO 417 CP

Revelación de datos reservados. Caso Fiscal General del Estado. Quebrantamiento injustificado del reforzado deber de reserva y confidencialidad, referido a negociaciones de conformidad entre abogado y fiscal, que no desaparece por el hecho de que la información conocida por razón de su cargo ya haya sido objeto de tratamiento público.

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de divulgación, cometido por autoridad, de datos reservados de los que tiene conocimiento por razón de su cargo, (art. 417.1 CP).

Como expondremos al analizar el tipo penal objeto de la condena la conducta típica, considerada en su conjunto, comprende la filtración del correo electrónico al que se refiere el hecho probado, y la publica-

ción de una nota con los datos que no debieron ser divulgados por su afectación a los derechos enmarcados en el derecho al proceso debido.

La consideración de dato reservado se rellena desde la vulneración de la normativa que obliga a la confidencialidad cuyo incumplimiento lesiona derechos de la persona a la que se refieren. Por ello la expresión del tipo penal «que no debe ser divulgada» debe ser entendida de manera funcional en el sentido de que la obligación de reserva de la autoridad o funcionario público sirve a la necesidad de preservar los derechos y garantías del ciudadano frente a la administración. Esta, para el cumplimiento de sus fines, accede a información privada y personalísima de aquél y, como tal, no disponible. Simultáneamente, debe velar por la utilización correcta de dicha información, para no quebrar tales derechos y garantías en una relación claramente asimétrica.

En el caso, la conformidad del imputado supone un reconocimiento de los hechos y su tipicidad.

De no llegarse a un acuerdo, su divulgación podría producir una lesión a su derecho de defensa y a la presunción de inocencia que el Ministerio público debe garantizar.

[…] La comisión del delito del artículo 417.1 requiere la revelación de secretos, o de una información, que no deba ser divulgada y de la que se haya tenido conocimiento por razón del cargo (STS 493/2014, de 11 de junio, con cita de la STS 67/2013, de 30 de enero). El tipo penal prevé un tipo agravado para el caso de que resultara un grave daño para la causa pública. En el tipo básico «hay que ponderar que el daño se tendría por producido con realizar la conducta típica que, salvo supuestos de ausencia de lesividad, es dañina intrínsecamente» (STS 493/2014, de 11 de junio).

[…] La divulgación descrita se subsume en el tipo penal porque supone la afectación de derechos fundamentales de la persona a la que se refería y, por ello, comprometió o afectó al funcionamiento de la institución misma, esto es, a la Fiscalía General del Estado, garante de tales derechos.

Así se colma la necesidad de una cierta legitimidad mixta que late en el precepto; es un delito contra la Administración Pública que, a la vez o, además, vulnera derechos fundamentales.

Esa consideración de afectación de derechos fundamentales nos impide subsumir la conducta en el párrafo segundo, el grave daño para la causa pública o para tercero, pues conformamos la tipicidad con la revelación de datos reservados que comprometen los derechos procesales de un ciudadano. El grave daño para la causa pública o para un tercero, en este caso, ya aparece recogido en la subsunción del apartado primero del artículo 418 CP.

[…] El deber de confidencialidad de cualquier miembro de la Carrera Fiscal, en relación con los datos de los que tenga conocimiento durante la tramitación de un expediente de conformidad, no deriva de una práctica protocolaria que aconseja no divulgar las propuestas de la acusación pública y la defensa que preceden a la aceptación de la autoría del delito. Se trata de un deber legal impuesto por el marco jurídico en el que esas negociaciones se desarrollan. Su justificación es más que evidente. Quien expresa su voluntad de aceptar la autoría del delito que le es imputado evita el strepitus fori que sigue a la celebración del juicio y puede obtener una rebaja de pena por su disposición a reconocer la culpabilidad. Pero todo ello pasa, claro es, por la exigencia de que esa disposición no trascienda al Juez o Tribunal que, en la hipótesis de fracaso del pacto de conformidad, llegue a asumir la competencia para el enjuiciamiento, pues difícilmente podría articularse una defensa eficaz.

[…] Así se expresa con claridad en el Protocolo de Actuación para juicios de conformidad entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía, suscrito con fecha 1 de abril de 2009. En el apartado 1.º de su exposición se dice expresamente: «la conformidad sigue siendo, en la nueva normativa, un medio para salvar la necesaria celebración del juicio oral y evitar el efecto estigmatizador del mismo, proporcionando al acusado dispuesto a reconocer la culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización».

El mismo Protocolo, para evitar el efecto contaminante que puede generar en el órgano de enjuiciamiento llegar a conocer, si así llegara a suceder, la frustrada disposición del acusado para aceptar su responsabilidad, establece en su artículo 5, apartado 3.2, abierto ya el juicio oral, que «… el pacto de conformidad se desarrollará con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado, de forma que se preserve la confidencialidad de la negociación».

Sin confidencialidad, pues, el pacto de conformidad se aleja de su propia naturaleza y puede generar, en el caso de difusión, un irreparable perjuicio para el justiciable.

Así lo entendió también la Fiscalía General del Estado cuando dictó la Instrucción 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española.

[…] Este deber de confidencialidad también resulta de la Directiva UE 2016/343, de 9 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refieren en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el enjuicia-

miento. En el apartado 16 de la fundamentación afirma que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia si las autoridades encargadas de la reprensión de hechos delictivos se refieren a un sospechoso o a un acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley.

[…] El deber de confidencialidad se enmarca, en consecuencia, en el necesario respeto del derecho a la presunción de inocencia y al derecho al proceso debido, y alcanza su máxima expresión cuando se transgrede en aspectos íntimamente relacionados con estos. Esta íntima transgresión tiene lugar cuando, como ocurrió en el caso de autos, la divulgación de la información supone la expresión de culpabilidad de una persona que, aún, no ha sido sometida a proceso penal alguno.

El sujeto investigado que, por evitar el juicio o cualquier otro interés legítimo, procura la conformidad, realiza un reconocimiento de la culpabilidad en el hecho investigado que, en el marco en el que se desarrolla, debe permanecer confidencial para evitar que si esta no se alcanzara, el reconocimiento manifestado no perjudique su derecho de defensa y su derecho, también fundamental, a la presunción de inocencia. Los protocolos firmados, las normas que surgen de las instrucciones del Ministerio Fiscal y la Directiva acotada, así lo disponen y es una exigencia que resulta del contenido esencial de los derechos fundamentales indicados.

Consecuentemente, el incumplimiento normativo es evidente como también lo es el incumplimiento material de los valores jurídicos que protege la norma.

[…] En este marco, cabría también concluir que aun cuando una determinada información fuera, total o parcialmente, conocida, la obligación de reserva de la autoridad o funcionario que la hubiera conocido por razón de su cargo permanecería, porque la acción de divulgar el dato reservado por quien es garante de la obligación de sigilo, en sí misma es dañina. Y lo es porque implica una utilización perversa de las herramientas e instrumentos privilegiados de los que goza la administración para acceder a la información confidencial y personal de los ciudadanos.

Se produce la lesión a los derechos fundamentales del imputado si la información que se divulga por la autoridad o funcionario hace aparecer a una persona como culpable de un delito cuando, hasta el momento, solo es sospechosa de su comisión o, únicamente, ha sido denunciada. Porque, aun cuando la información ya hubiera sido divulgada, total o parcialmente por terceros, el riesgo de quiebra de la presunción de inocencia permanece inalterable y con ello, el carácter reservado de la información que, como hemos dicho, es un concepto

de naturaleza funcional destinado a la protección, entre otros, de este derecho fundamental.

De esta manera, el criterio para determinar el carácter reservado de la información que se divulga no sería tanto el conocimiento previo, o no, de la misma por terceros, cuanto la afectación que dicha divulgación tiene en los derechos de las personas a las que se refiere la información, precisamente por quien es garante de su observancia.

La experiencia indica que son muchas las causas que pueden llevar al fracaso del expediente de conformidad. La justicia consensuada puede interrumpirse, tanto por iniciativa del Fiscal como a instancia de la defensa, bien sea por un desacuerdo en la calificación legal de los hechos, en la extensión de la pena o en la cuantificación de la responsabilidad civil. Fracasada, por una u otra razón, la negociación sobre una eventual conformidad, el silencio institucional acerca de qué estaba dispuesto a ofrecer o aceptar la defensa del acusado se convierte en indispensable. Divulgar el reconocimiento de la autoría del delito –presupuesto sine qua non para que la conformidad se materialice en un acuerdo ofrecido al órgano de enjuiciamiento– supone una evidente vulneración del deber de reserva y confidencialidad que pesa sobre el Ministerio Fiscal.

[…] Esa vulneración tiene efectos, desde luego, en el ámbito disciplinario. El artículo 62.12 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, 30 de diciembre, considera falta muy grave: «la revelación por el Fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona». La suspensión, el traslado forzoso o la separación del servicio constituyen las sanciones imponibles al Fiscal que quebrante el deber de confidencialidad.

El contenido antijurídico de la conducta divulgadora de un dato que no debe ser revelado tiene previsto un reproche disciplinario, anteriormente expuesto, y otro penal, contenido en el artículo 417 del CP castiga a «la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados».

La convergencia entre el plano de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad penal añade al presente caso una particularidad que no puede ser obviada. Y es que la condición de Fiscal General del Estado con la que el Sr. Nemesio –Fiscal de carrera con la categoría de Fiscal de Sala– ha comparecido en juicio le sitúa fuera del marco disciplinario al que estaría sometido como cualquier otro funcionario del Ministerio público. Pero, además, la diferenciación entre una y otra

consecuencia por el incumplimiento del deber de confidencialidad radica, como sucede, cuando el ordenamiento reacciona a la conducta antijurídica con una sanción disciplinaria administrativa y otra penal, en la gravedad del injusto, reservando a los hechos más graves la respuesta penal. En el caso de este enjuiciamiento, la mayor gravedad resulta palmaria cuando lo afectado es una lesión a derechos fundamentales, en el caso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, pues la divulgación de un reconocimiento de autoría, efectuado en un expediente de conformidad, hace difícil la defensa en un proceso contradictorio, cuando la acusación ya dispone de un reconocimiento de autoría que ha divulgado en contravención de los deberes legalmente impuestos.

En cualquier caso, más allá de la influencia que este hecho –la ausencia de normas disciplinarias aplicables al Fiscal General del Estado– tenga en el juicio de tipicidad, lo cierto es que la difusión de datos o informaciones de los que se tenga conocimiento por razón del cargo implica una conducta antijurídica con plena cabida en la porción de injusto definida en el artículo 417 del CP.

La inaplicación al Fiscal General del Estado del cuadro disciplinario, que sí es aplicable a todos sus subordinados, hace inútil el debate acerca de si los hechos serían susceptibles de un tratamiento más adecuado en vía administrativa. Concluir que la difusión del correo electrónico de 2 de febrero de 2024 es constitutiva de una infracción disciplinaria muy grave para, a continuación, postular la impunidad de la conducta porque la cabeza jerárquica del Ministerio Fiscal no está sujeta a la responsabilidad disciplinaria a la que se someten el resto de los Fiscales, sólo sería admisible –insistimos– si los hechos carecieran, por sí solos, de entidad penal.

Esta Sala ha analizado detenidamente el juicio de subsunción con el fin de resolver si los hechos, más allá del tratamiento disciplinario que habrían tenido en otro supuesto, son encajables en el artículo 417 del CP. Para ello se impone discernir si, con independencia de la inaplicación de unas infracciones disciplinarias que actuarían como el primer escalón de la antijuridicidad, la conducta que damos por probada es merecedora de una repuesta penal.

[…] En el presente caso, la antijuridicidad material de los hechos imputados está fuera de cualquier duda. Son imaginables, desde luego, conductas de menor trascendencia en la erosión al bien jurídico protegido. Por ejemplo, que la difusión del correo electrónico se hubiera producido en un círculo mucho más reducido o que no alcanzara a ser conocido por el órgano de enjuiciamiento. Sin embargo, la difusión radiofónica de la nota de prensa en la que se transcribía la literalidad

del contenido del correo, su impacto mediático en redes sociales y el debate político que siguió a su conocimiento por terceros, no permiten entender que estamos en presencia de un problema de responsabilidad disciplinaria –impune a vista de su inaplicación al fiscal General del Estado– o ante un mero supuesto de antijuridicidad formal sin encaje en el tipo previsto en el artículo 417 del CP.

[…] Evidentemente no es un secreto, pero el acceso al contenido del correo sólo se explica y entiende por tratarse de una información obtenida por razón del cargo y que no debe ser divulgada.

Conviene insistir en que el tipo objetivo se dibuja en el artículo 417 del CP en términos alternativos –secretos o informaciones–. El tantas veces mencionado correo electrónico de 2 de febrero de 2024, luego transcrito en sus pasajes más relevantes en la nota de prensa redactada conforme a las indicaciones del Fiscal General, no era un secreto, pero era una información relevante para no comprometer el derecho a la presunción de inocencia de quien muestra al Fiscal su disposición a iniciar un expediente de conformidad.

[…] Así delimitado uno de los elementos del tipo objetivo se hace más fácil dar respuesta a la insistente línea argumental que indica que lo que ya ha sido divulgado no merece la protección dispensable a la información secreta o reservada, que todo aquello que ya es conocido por el público se sitúa extramuros de la tutela penal que se dispensa a informaciones que puedan comprometer el derecho a la presunción de inocencia.

No asumimos este planteamiento.

El deber de confidencialidad del Fiscal General del Estado –en términos generales, de cualquier funcionario del Ministerio Fiscal– no desaparece por el hecho de que la información que él conoce por razón de su cargo ya ha sido objeto de tratamiento público.

[…] el deber de información cede cuando se eluden los deberes de reserva y sigilo y se pueden erosionar los derechos de los afectados.

[…] La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 CP) supone la privación definitiva del cargo sobre el que recae. Se concreta, como exige el artículo 42, exclusivamente en el que ostentaba el acusado en el momento de los hechos: Fiscal General del Estado. Nos parece que, desde una perspectiva estrictamente penal, es proporcionada esa acotación. No es necesario ser fiscal para alcanzar la titularidad de la Fiscalía General del Estado. No nos corresponde dilucidar las consecuencias extraprocesales de la condena, que se mueven en otro plano; tan solo constatamos que penalmente esa extensión limitada a ese cargo nos parece proporcionada revelándose como excesiva su proyección a otros. Por lo demás, esa era la petición de la acusación particular.

Conllevando la pena la pérdida del cargo, la duración de la incapacidad para desempeñarlo se convierte en este caso en una cuestión de muy limitada trascendencia.

(STS 1000/2025, de 9 de diciembre).

ARTÍCULO 463 CP

Obstrucción a la justicia. No se justifica la conducta del abogado por la previa renuncia a la defensa por diferencias irreconciliables con el cliente, presentada con un solo día de antelación al juicio.

Así, nos encontramos ante circunstancias claras y concretas:

1. El recurrente asumió la defensa de una persona en situación de prisión provisional.
2. Estaba señalado el día del juicio.
3. Estaba notificado el mismo y el recurrente lo sabía.
4. El recurrente expuso que renunciaba a la defensa por escrito un día antes del juicio.
5. La LAJ se puso en contacto con el recurrente advirtiéndole que era causa con preso y el juicio era al día siguiente y se dictó providencia ese día 12 de Julio no admitiendo la renuncia con apercibimiento de incurrir en delito del artículo 463 CP.
6. Pese a no habérsele admitido no se presentó a la causa con preso del día 13 de Julio teniendo que suspenderse el juicio, habiéndosele advertido ya antes de sus consecuencias.
7. Recurrió el recurrente la providencia de fecha 12 de Julio y fue desestimado el recurso.

Señaló el juzgado de lo penal en sentencia 91/2021, de 2 de marzo que los hechos probados constituyen un delito del artículo 463.2 del texto penal de obstrucción a la justicia, ya que, a pesar de que el acusado negara los hechos, apunta que la Audiencia Provincial no le notificó la prisión de su cliente y otros alegatos exculpatorios referidos a circunstancias que entendía el recurrente que le impedían acudir al juicio, tal y como que no había elementos que permitían la defensa y que él estaba en Canarias en ese momento, así como que alegó que su ánimo no fue la obstrucción en la justicia, sino que no podía prestar asistencia debida al acusado conforme al artículo 26 del Estatuto General de la abogacía, por lo que presentó su renuncia.

Sin embargo, el juzgado de lo penal señala que cuenta con la prueba documental suficiente, y, en concreto, el testimonio de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, donde se puede destacar la providencia de fecha 12 de junio de 2017, señalando la celebración del juicio para el día 13 de julio de 2017 y la notificación vía lexnet el mismo día 12 de junio de 2017, así como el escrito de renuncia del recurrente el 10 de julio de 2017 y en la sección segunda el 12 de julio de 2017, así como diligencia de constancia de la LAJ de fecha 12 de julio de 2017, a fin de hacer constar la puesta en contacto telefónico con el recurrente y providencia de ese mismo día acordando la no admisión de la renuncia, con el apercibimiento de la comisión de un delito del artículo 463 del texto penal y su notificación vía lexnet mismo día.

Se recoge, también, el acta de juicio donde consta la incomparecencia del recurrente y nuevo señalamiento para la celebración del juicio, así como recurso de súplica del recurrente contra la providencia inadmitiendo su renuncia y el auto desestimatorio.

Incide el juzgador de lo penal en la sentencia que consta acreditado el elemento objetivo del tipo penal objeto de condena, que es el de no acudir a la diligencia interesada por autoridad judicial para comparecer como letrado en una causa penal con preso, constando la documental obrante en los autos que se cita en la sentencia, existiendo en ese caso reo en prisión provisional, y la incomparecencia del recurrente como letrado del mismo.

Consta probado, también, el elemento subjetivo del tipo penal, porque se señala la intención del recurrente de no atender a su obligación de comparecer, por lo que tuvo conocimiento de la situación personal de su defendido, con quien llegó a entrevistarse en los calabozos de la Audiencia Provincial.

Respecto al desconocimiento de la fecha de celebración del juicio, consta la notificación vía lexnet de la providencia de señalamiento del juicio. Y respecto a la conversación con la LAJ consta la diligencia de constancia que así lo refleja. Con ello, se hace constar que la renuncia tiene lugar poco antes de la celebración del juicio y que no fue admitida la renuncia, de lo que fue notificado e informado el recurrente, y, pese a ello, y las advertencias de la comisión del delito que es objeto de condena, no compareció al acto del juicio, sin que exista documento acreditativo alguno de que ese día se encontrara fuera de Alicante.

En la sentencia de la AP de Alicante 260/2022, de fecha 6 de Septiembre de 2022 se recoge, desestimando el recurso, que «en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial, consta que el recurrente cuestionó la tipicidad de su conducta, pero se

recoge que del acta del juicio de 13 de julio de 2017 resulta que fue suspendido por incomparecencia del letrado. Y de la documentación de la Sección Segunda de esta Audiencia resulta que el acusado en dicho juicio, cuya defensa había asumido se encontraba en prisión provisional, por lo que se confirma la tipicidad objetiva de la conducta».

Refiere la sentencia que lo que el ahora recurrente negaba era el dolo, porque entendía que no conocía la situación personal del acusado, pero se recoge que, como razona la sentencia apelada, el propio recurrente manifestó que había estudiado el sumario y que se entrevistó con el mismo en los calabozos de la Audiencia, lo que permite atribuir el conocimiento de la situación personal, así como la fecha para la que se había señalado el juicio, aunque la notificación del auto de prisión fuera anterior a la aceptación de la postulación procesal por el recurrente.

La Audiencia Provincial señala que resultaba acreditada la aceptación y ejercicio de la defensa, el estudio del sumario y la entrevista con el acusado.

Respecto a la concurrencia de la causa de justificación por haber comunicado la renuncia a la defensa por diferencias irreconciliables con el acusado expone la Audiencia en el FD núm. 3 que el ahora recurrente no hizo llegar la renuncia con la antelación suficiente a la fecha del juicio, ya que no se remite a la propia Sección Segunda, sino a la oficina de reparto, llegando el día 12 de julio, un día antes del mismo, pero consta la providencia de esa fecha por la que no se admitió la renuncia y se ordenó apercibir el letrado de que podía incurrir en el delito por el que ha sido condenado, y consta en el procedimiento que se efectúa comunicación telefónica por la LAJ, según la misma certifica.

Incide, también, la sentencia ahora recurrida que respecto de la renuncia del letrado, cuando la celebración del juicio es inminente, la aceptación previa del ejercicio de la defensa comporta un compromiso del letrado que no le obliga a mantener su prestación en todo caso, pero sí a ejercer su función con lealtad al tribunal, de manera que la renuncia que puede efectuar se haga en términos tales y con tiempo suficiente para no perturbar el desarrollo del proceso.

La justificación de la renuncia se hizo consistir en diferencias irreconciliables, pero no comunicó ninguna razón concreta para su renuncia, y el tiempo en el modo de comunicarla impidió proveer lo necesario para la asignación de un nuevo letrado, o para evitar la grave perturbación que ocasiona a testigos, peritos y al funcionamiento del tribunal, por lo que entiende la sentencia recurrida la existencia de la intención de provocar la suspensión del juicio. Incide, también, la sentencia recurrida que la misma Sección Segunda comunicó personal-

mente al letrado que podía incurrir en el delito de obstrucción de la justicia por el que ahora ha sido condenado; no obstante lo cual, no asistió al juicio, sin que sirva de justificación de su ausencia el que se encontrara en Canarias y que la aportación de billetes de avión no nominativo no acredita que el día del juicio se halla en las islas Canarias, y, además, insiste en que teniendo señalado el juicio para el día 13 de Julio no debió marcharse si no podía regresar para asistir al mismo.

Con ello, la sentencia recurrida, desestimó el recurso y confirmó la condena.

Pues bien, hay que entender cumplidos los requisitos del tipo penal objeto de condena, ya que se deben respetar los hechos probados, y, ante ello, es preciso realizar las siguientes cuestiones:

1. No hay razón alguna para dejar de comparecer como letrado a un juicio en causa con preso. Consta en los hechos probados que Se considera probado y así se declara expresamente que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante siguió procedimiento sumario ordinario núm. 12/15 por delito de homicidio y robo con violencia contra Pablo, en situación de prisión provisional desde el 20 de junio de 2017, quien designó como letrado a Leoncio (mayor de edad sin antecedentes penales).
2. Se sanciona en el artículo 463 CP:

1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.
2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

3. Es incontestable que el acusado estaba en situación de prisión provisional y era el recurrente su letrado.
4. Cuando el recurrente expone su renuncia consta en el factum que la LAJ le comunica que se trataba de causa con preso. Consta en los hechos probados: advirtiéndole de que se trataba de una causa con preso, habiendo llegado el escrito ese mismo día, estando señalado el juicio al día siguiente 13 de julio de 2017.

5. Consta probada esa advertencia al recurrente y la de incurrir en delito del artículo 463 CP.

6. Pese a ello, y, pese a esta advertencia, el recurrente deja de comparecer al juicio y provoca su suspensión en causa con preso, lo que ya conocía por cuanto la LAJ se lo había advertido.

7. Consta probado que Pese a no tener admitida la renuncia presentada, el letrado no compareció al plenario el día 13 de julio de 2017 (habiendo comparecido el procesado, testigos y peritos), lo que motivó la suspensión del juicio y nuevo señalamiento para el 18 de septiembre de 2017, que se celebró con otro letrado de oficio.

8. No cabe en estos casos hacer referencia a cuestiones atinentes a si era procedente la renuncia, o no, o si existía un derecho a renunciar al cliente, ya que estas circunstancias fueron denegadas por el tribunal, quien le advirtió que no se le aceptaba la renuncia y que se trataba de que era causa con preso, por lo que se le advertía de la comisión de un delito del artículo 463 CP si no comparecía, y, pese a ello, no compareció.

9. Respecto al dolo que se sostiene por el recurrente en relación a la existencia de causa con preso, resulta en los hechos probados de cualquier modo que la LAJ se lo advirtió, ya que consta en el factum que advirtiéndole de que se trataba de una causa con preso, habiendo llegado el escrito ese mismo día, estando señalado el juicio al día siguiente 13 de julio de 2017. Ese mismo día 12 de julio de 2017, se dictó providencia de la sala no admitiendo la renuncia, apercibiéndole al firmante de incurrir en delito delarticulo 463 del Código Penal. Pese a no tener admitida la renuncia presentada, el letrado no compareció al plenario el día 13 de julio de 2017.

Consta, por ello, que se le había advertido que era causa con preso y las advertencias de cometer el delito del artículo 463 CP, y, pese a ello, deja de comparecer.

Resulta evidente que concurre el dolo del recurrente en su conducta de dejar de comparecer a la causa con preso. La LAJ, en cualquier caso, se lo advirtió, pero dejó de comparecer sabiendo que el juicio se iba a suspender, y la LAJ le advierte que es causa con preso y no se le admitió la renuncia y debió comparecer, pero, lejos de ello, no lo hizo.

10. Respecto al conocimiento de la fecha del juicio consta probado que Por providencia de la Sala de 12 de junio de 2017, se señaló la celebración de juicio oral para el próximo 13 de julio de 2017, lo que se notificó a las partes personadas. Y es el recurrente quien presenta escrito de suspensión del juicio señalado para el día 13 de Julio, ya que consta probado que El 12 de julio de 2017, se recibió escrito

del letrado antedicho de renuncia a la defensa por «diferencias irreconciliables» con su cliente, poniéndose en contacto la Letrada de la Administración de Justicia con el mismo ese mismo día, advirtiéndole de que se trataba de una causa con preso, habiendo llegado el escrito ese mismo día, estando señalado el juicio al día siguiente 13 de julio de 2017.

Sabía la fecha del juicio, ya que consta en el factum que presentó escrito para renunciar y la LAJ le advirtió que debía comparecer y que estaba señalado para el 13 de Julio. No cabe admitir el alegato del recurrente por contradictorio. Los hechos probados evidencian lo contrario.

11. El recurrente formula, bajo la vía del error iuris del artículo 849.1 LECRIM, cuestiones que se centran en valoración de prueba, y que se alejan del exigente respeto de los hechos probados, efectuando alegaciones en contra de los mismos respecto a prueba de fechas de escritos y cuestiones semejantes que quedan al margen del único motivo que cabe utilizar en la vía que nos encontramos ex artículo 847.1 b) LECRIM.

12. Respecto del día en que se le comunica la no admisión de la renuncia, lejos del alegato expuesto consta en el factum que El 12 de julio de 2017, se recibió escrito del letrado antedicho de renuncia a la defensa por «diferencias irreconciliables» con su cliente, poniéndose en contacto la Letrada de la Administración de Justicia con el mismo ese mismo día, advirtiéndole de que se trataba de una causa con preso, habiendo llegado el escrito ese mismo día, estando señalado el juicio al día siguiente 13 de julio de 2017.

Lo fue el día antes y se le advirtió de que podría incurrir en delito del artículo 463 CP, pese a lo cual deja de comparecer, siendo conocedor de las advertenias realizadas.

13. No cabe admitir el relato del recurrente de que se encontraba en Canarias el día del juicio, cuando ya se le había advertido el día antes, tal y como consta en los hechos probados, que no se admitía su renuncia, y que debía comparecer al acto del juicio bajo la advertencia de la comisión del delito que luego fue objeto de condena, por lo que no es posible que un letrado que tiene un señalamiento y que ha pedido la renuncia al ejercicio de la defensa, siendo desestimada por el tribunal, no esté a disposición del mismo el día del juicio y sostenga que se encontraba en Canarias ese día, por cuanto lo que debió hacer es comparecer en la causa con preso, habida cuenta la constancia en los hechos probados que se le había notificado por la LAJ que se desestimaba su renuncia, y que se trataba de una causa con preso, con las consecuencias penales que le podía deparar la incomparecencia, pese

a lo cual no lo hizo, alegando ahora en el recurso que se encontraba en Canarias, lo cual no resulta admisible existiendo una causa con preso en la que debe estar presente, tal y como lo advirtió la LAJ.

14. Sigue insistiendo en el motivo el recurrente en las pruebas de descargo no tenidas en cuenta, lo que no es admisible en este motivo y sede casacional por esta vía del artículo 847.1 b) LECRIM como se ha expuesto.

15. El recurrente incide en cuestiones de prueba con extensión en su recurso con respecto a determinados extremos, y que no son correctos los hechos probados en su contenido y que no existió el dolo, pero este concurre por cuanto el recurrente conocía que se le desestimó la renuncia y que se trataba de causa con preso y que debía comparecer. Se lo traslada la LAJ y la advertencia penal, pese a lo cual no comparece y expone estar en Canarias el día del juicio, pese a que se le había denegado la petición de renuncia, y pese a que se le había advertido acerca de las consecuencias de su incomparecencia, por lo que el dolo como elemento subjetivo es concurrente con claridad.

16. Las cuestiones relativas a si tenía conocimiento de las actuaciones quedan al margen del debate, ya que ello no afecta a la cuestión penal objeto de la sentencia, o si existía justa causa para no comparecer o renunciar, ya que ello no forma parte del debate en este caso. El derecho de renuncia, o no, no puede sostenerse en este caso. No forma parte de las posibilidades exculpatorias del tipo penal. Los hechos probados son intangibles e inalterables, pero el recurrente no los respeta y formula alegaciones contra los mismos.

17. No cabe apelar en este caso al derecho de defensa. No es motivo exculpatorio que se pueda sostener cuando el recurrente deja de comparecer en causa con preso, denegándole el tribunal la renuncia y advirtiéndole de que debe comparecer al juicio con las advertencias legales en su defecto.

18. No cabe apelar en este caso a la existencia de «diferencias insalvables». Ello fue rechazado y no forma parte del debate. Se le advierte de que debe comparecer y no lo hace.

19. El derecho de defensa recogido en la nueva Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa no conlleva el derecho a la «suspensión de una causa con preso». Y menos en el plazo tan cerca a la celebración del juicio como en este caso ocurrió.

Hay que añadir que el derecho a la renuncia de letrado del artículo 5 de la citada Ley no lo es en cualquier momento, ya que existiendo causa con preso es preciso que si se deseara esta renuncia hay que hacerlo con el tiempo suficiente para evitar las dilaciones indebidas que supone lo que en este caso se iba a producir, además de sin

una causa justificada más allá de las meras «diferencias» que se alegaron en justificación de un escrito presentado poco antes de la celebración del juicio.

20. No es argumento para excusarse que se encontraba en Canarias. Sabía que no se le había admitido la renuncia a la defensa y que debía estar en el juicio, por lo que no podría haberse ido a Canarias, ante las advertencias de la LAJ que desoyó claramente, y con las consecuencias que se derivaron que el recurrente sabía, tanto en la suspensión, como en la derivación de responsabilidades penales que ya le había advertido la LAJ.

Además, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 120/2002 de 4 Feb. 2002, Rec. 117/2000 lo que se recoge es que:

«El nuevo delito de obstrucción a la Justicia, definido en el artículo 463 del Código Penal de 1995requiere para su concurrencia los siguientes requisitos: a) que el sujeto activo del delito haya sido citado en legal forma para asistir a un proceso criminal en fase de juicio oral, agravándose la penalidad en caso de que el responsable del delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio fiscal, e igualmente cuando se trate del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial; b) que deje de comparecer sin justa causa; c) que la causa criminal a enjuiciar tenga reo en prisión provisional; y d) que se provoque con su incomparecencia la suspensión del juicio oral, elemento que debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad. A continuación, el precepto castiga con multa a quien, habiendo sido advertido lo hiciere por segunda vez, en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

En el caso sometido a nuestra consideración, se trataba de un abogado defensor de acusado en situación de prisión provisional, dando lugar su incomparecencia a la suspensión del juicio oral.

El motivo tiene que ser estimado. En efecto, confunde la Sala de instancia la falta de concurrencia de justa causa con la falta de comunicación de imposibilidad de comparecencia a juicio oral. La justa causa fue la enfermedad del Letrado, aducida desde el primer momento en que se le recibió declaración como imputado. Fue acreditada mediante informe médico suscrito ante notario y aportado en el acto del juicio oral, y corroborada testificalmente, dejando de valorar dicha prueba la Sala sentenciadora bajo la tesis de la falta de comunicación; y así se dice: "no se constata que existiera un impedimento absoluto para llevar a cabo la comunicación personalmente o cerciorarse si sus instrucciones habían sido cumplidas" (fundamento jurídico quinto in

fine), lo cual quiere decir que el Tribunal de instancia, aún admitiendo la certeza de la enfermedad, reprocha alrecurrente que no hubiera puesto tal circunstancia en conocimiento de la Sala, lo que nos sitúa en otro plano de responsabilidad, en la responsabilidad disciplinaria».

En este caso no se trata de que no exista «justa causa», porque el tribunal le desestima el motivo alegado, y el letrado lo que hizo es presentar un escrito renunciando por «diferencias irreconciliables», lo que no cabe entenderlo como «justa causa» tratándose de una causa con preso que estaba señalada y es días antes de la fecha del juicio cuando pide la renuncia, lo que no puede admitirse y tenerlo como «justa causa» exoneratoria de la responsabilidad penal del artículo 463 CP por el que es condenado.

La inexistencia de «justa causa» en el caso concreto. Concepto de «justa causa».

El objeto del concepto de justa causa es conseguir un equilibrio entre los distintos intereses en presencia. O una «poderosa razón» que permite a una persona llevar a cabo una conducta, aunque puede serlo en perjuicio de algo o alguien. O una circunstancia concurrente que habilita a una persona llevar a cabo una conducta por encima de otra que puede ser esperada que lleve a cabo, siendo la causa que alega de mayor potencia que le avala no llevar a cabo algo que, en principio, debía ejecutar.

Y en este caso no había razón alguna para que en las circunstancias del caso con tan solo unos pocos días antes se expusiera la razón de las alegadas «diferencias» existentes con su cliente que estaba en prisión provisional y cuyo juicio se celebraba de inmediato estando en esa situación que es preferente a cualquier juicio, a fin de resolver la situación personal y tomar la decisión el tribunal acerca de si es absuelto o condenado. Y, además, el tribunal expresamente le comunica la no aceptación de la renuncia por la forma y tiempo en que ésta se llevaba a cabo, advirtiéndole de la posible comisión del delito del artículo 463 CP.

Y, pese a ello, no comparece alegando estar en las Islas Canarias, cuando no era posible hacerlo al tener ese juicio ya señalado y haber tenido que estar a la espera de la decisión del tribunal acerca de su renuncia. No había opción alguna para viajar con un juicio de causa con preso señalado y de inminente celebración, por lo que su incomparecencia estaba tipificada en el artículo 463 CP por el que es condenado.

No existía justa causa para no comparecer. Tomó el recurrente una decisión unilateral de dejar de hacerlo, a sabiendas de las consecuencias que, ante ello, le iba a deparar su inasistencia, y pese a advertírselo la LAJ, –que sus consecuencias eran de orden penal– no

compareció. No cabe hablar, por ello, de una responsabilidad disciplinaria ahora, ya que es penal.

El concepto de justa causa engloba razones objetivamente imperiosas que en este caso no se daban y no se han demostrado, siendo preferente la celebración de una causa con preso, dada la inmediatez de su celebración y la proximidad de la comunicación con la celebración del juicio, no pudiendo servir de alegato la mera referencia a las diferencias que sostiene como mero formulismo que fue rechazado expresamente por el tribunal, dada la inmediata celebración del juicio y con el acusado en prisión provisional.

La «justa causa» es un concepto jurídico indeterminado que el legislador ha diseñado con cierta amplitud y flexibilidad y, en consecuencia, han tenido que ser los tribunales los que han ido perfilando este concepto estableciendo los supuestos en que, atendidas las circunstancias del caso del concreto. En este caso en modo alguno existía la misma como se ha expuesto.

Y, como recuerda la mejor doctrina, la consideración de justa causa no se puede hacer depender del juicio de valor subjetivo y personal del sujeto activo, sino que esas «justas causas» deben ser precisas, objetivas, determinadas y apreciadas por el Tribunal. Tampoco pueden ser consideradas como causas justificativas de la incomparecencia aquellas circunstancias que se podían haber anticipado por el sujeto activo con la finalidad de emprender alguna actuación correctora que hubiera evitado el hecho. Y esto debía haberse realizado con tiempo para garantizar, en su caso, una nueva asistencia letrada que evitara la dilación de suspender el juicio y el perjuicio que ello conlleva, no solo para la Administración de Justicia, sino para el cliente en prisión provisional.

Por ello, en este caso no había «justa causa» para entender que era irrelevante no acudir al juicio. Se trataba de causa con preso y advertido de que no se aceptaba su renuncia extemporánea y que se le advertía de las responsabilidades penales debió acudir al juicio.

Se entiende por «justa causa» la circunstancia o conjunto de circunstancias que justifican un acto distinto (e incluso contrario, en ocasiones) a la previsión normativa.

No puede entenderse que sea justa causa la petición de renuncia a un acusado en causa con preso pocos días antes de la celebración de un juicio oral alegando sin más la existencia de diferencias irreconciliables, ya que ello provoca la necesaria suspensión de un juicio, nada menos que en una causa con preso cuya petición de renuncia debió cursarse con tiempo y antelación para proveer de la correspondiente defensa al acusado que está en prisión provisional pendiente de juicio.

El derecho de defensa debe, también, ponerse en conexión con el derecho de la celebración de un juicio por parte del órgano judicial y el principio del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y evitar perjuicios a la maquinaria de la Administración de Justicia, que no puede verse sorprendida por una petición sorpresiva instantes antes de la celebración de un juicio bajo un alegato generalista de que existen diferencias irreconciliables, a sabiendas de que la causa se va a suspender con el problema que aquello conlleva al tratarse de un acusado en prisión provisional.

Además, la clave radica en la declaración probada de la negativa del órgano judicial a la aceptación de la renuncia y el conocimiento que consta en los hechos probados de que la LAJ le comunicó las circunstancias relativas a que no se aceptaba su renuncia por la inmediatez con la que se había solicitado y la inminencia de la celebración del juicio, y que se trataba de una causa con el acusado en prisión provisional, circunstancia de la que tenía conocimiento, como consta en los hechos probados, incluso, al comunicárselo la propia LAJ según consta en la diligencia de constancia. Y esto se refleja en los hechos probados, con lo cual no se puede negar el conocimiento, tanto de la negativa a su renuncia a llevar la defensa del acusado, como que éste se encontraba en prisión provisional, porque así se lo advirtió por teléfono, y, además, se le hicieron advertencias correspondientes de la posible comisión del delito por el que finalmente ha sido condenado.

No había «justa causa», por ello, para dejar de acudir al juicio, siendo un caso absolutamente diferente el analizado en la sentencia de esta Sala anteriormente citado en el que se reconoció la existencia de esta «justa causa».

La correcta actuación de la LAJ en el presente caso determinante del intento de no suspensión y agotar las posibilidades de evitar lo que ocurrió.

En este caso, hay que destacar la muy correcta actuación de la LAJ que se puso en contacto con el letrado, a fin de advertirle que su renuncia había sido rechazada y que debía comparecer ante el tribunal, a fin de evitar la suspensión del juicio.

La LAJ dejó correcta constancia de la conversación mantenida de la advertencia de la posible comisión de un delito del artículo 463 CP, del rechazo de la renuncia y de las consecuencias de su incomparecencia, y se trata de documental que acredita la conversación que mantuvo con el letrado y la puesta en su conocimiento de las circunstancias del caso, pese a lo cual éste no compareció al acto del juicio oral, con lo que se debe destacar la actuación de la LAJ en aras a notificar al

letrado que no se admitía su petición y que se la advertía que debía comparecer, lo cual es clave en la resolución del presente caso.

Por ello, debe entenderse determinante la actuación de la LAJ en el intento de evitar la suspensión del juicio y de agotar todas las posibilidades para trasladar al letrado ahora recurrente que debía comparecer al acto del juicio oral y de la gravedad de las consecuencias que se le podían deparar en caso de incomparecencia, dejando debida constancia documental de esa conversación en la que le hacía las advertencias oportunas de lo que finalmente ocurrió, tal como le había advertido, precisamente, la LAJ.

La renuncia de letrado no es un derecho ilimitado.

Un letrado tiene el perfecto derecho a solicitar la renuncia para ejercer el derecho de defensa que tiene su cliente, pero haciéndolo en los plazos suficientes para proveer de una defensa suficiente al mismo, pero lo que también debe conocer es que si solicita la renuncia a la defensa y es rechazado por el tribunal, no puede dejar de comparecer al acto del juicio oral cuando consta que mantuvo una conversación telefónica con la LAJ y se le advirtió debidamente que debía comparecer y las consecuencias de su inasistencia al acto del juicio oral.

Con ello, si por un lado existe ese derecho de renuncia, por otro lado, también existe la obligación de comparecer al juicio oral si la renuncia ha sido rechazada por el tribunal, decayendo cualquier justa causa que pueda alegarse si el ejercicio del derecho de renuncia ha sido rechazado por el tribunal advirtiéndole de la necesidad de comparecer al acto del juicio oral.

Pero es que, además, sobre la renuncia de letrado hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 360/2024 de 8 May. 2024, Rec. 11199/2023 que:

1. No existe un derecho perpetuo a suspender un juicio ante un cambio de letrado/a.
2. Sin que la no suspensión del juicio provoque de forma inexorable la indefensión que se predica, porque existe también frente a ello un «derecho del tribunal a celebrar un juicio» evitando, así, las dilaciones indebidas.
3. En la colisión de derechos en cuanto al de defensa y el de celebración del juicio deben ponderarse los factores concurrentes, pero la petición de suspensión del juicio se entiende improcedente cuando el cambio de letrado se convierte en una técnica procedimental para llevarla a cabo en fechas cercanas al juicio para instar la suspensión alegando indefensión.
4. No es posible desdeñar, tampoco, la referencia a la necesidad de mantener la estructura de los órganos judiciales en la agenda de

señalamientos, ya que si se introdujera la costumbre de que en casos similares de cambios de letrado con otro más en fecha cercana al juicio hay que suspender el juicio se rompería el buen funcionamiento de los tribunales si se tratara de una especie de regla general de suspensión del juicio ante cualquier cambio de letrado que se produzca. Esto no es posible aceptarlo, porque insistimos, es preciso defender también el «derecho a la celebración del juicio oral» por el juez o tribunal.

5. Hemos señalado, también, en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 272/2022 de 23 Mar. 2022, Rec. 1414/2020 que:

«La cuestión atinente a los cambios de letrado antes del juicio y en fechas cercanas al mismo no conlleva un derecho inmanente a "suspender un juicio" que es la clave de la respuesta ante el alegato de la pretendida nulidad. Y ello, habida cuenta que no existe una especie de "derecho de disposición de las partes al control de los señalamientos de los juicios", lo cual se llevaría a efecto si ante cualquier cambio de letrado en las fechas cercanas al día señalado para el juicio el acusado o su defensa planteen la necesidad de un cambio de letrado alegando indefensión en su defecto.»

6. Esto no es posible, ni puede ser enfocado como una máxima inalterable en el ejercicio del derecho de defensa, ya que la buena organización de los tribunales y la necesidad de evitar dilaciones indebidas en los señalamientos también son elementos a valorar por los tribunales ante peticiones de suspensiones de juicios en fecha cercana al día señalado. Y ello, por el quebranto que supone a la Administración de Justicia un uso personal de la parte, que interesa sin justificación alguna una suspensión del juicio, del calendario de señalamientos cuando de forma inesperada, y en fecha inminente al juicio alega el cambio de letrado de forma sorpresiva, habiendo tenido tiempo para hacerlo sin necesidad de provocar la suspensión del juicio.

De esta manera, no puede confundirse el ejercicio del derecho de defensa con la disponibilidad de cuándo se puede celebrar un juicio oral, ya que de ser así, por ejemplo, cabría hacerlo en una causa en la que el acusado en situación de prisión provisional próxima a cumplir el máximo de prisión podría pedir la suspensión alegando cambio de letrado en días próximos al señalado, obligando, de ser cierta esta posibilidad, a poner en libertad al acusado.

De esta manera, no hay infracción del derecho de defensa cuando es la parte la que provoca indebidamente la suspensión habiendo tenido plazo para tramitar el cambio y realizando una auto composi-

ción particularizada del ejercicio del derecho de defensa que no pudo ser compartida por el Tribunal de instancia.

7. «Está fuera de dudas –decíamos en la STS 816/2008, 2 de diciembre– que el derecho a la libre designación de Letrado constituye uno de los signos que identifican a un sistema procesal respetuoso con los principios constitucionales que definen la noción de un proceso justo.

Sin embargo, ese derecho no puede considerarse ilimitado.

En el proceso penal convergen intereses jurídicos de muy distinto signo:

A. Petición sorpresiva antes del juicio por una de las partes y el derecho de las otras en sentido contrario:

La necesidad de lograr un equilibrio entre todos esos derechos exige del órgano jurisdiccional ponderar, en función de cada caso concreto, qué grado de sacrificio es aceptable imponer al resto de las partes cuando alguna de ellas introduce una incidencia sorpresiva que puede perturbar el desarrollo ordinario del proceso.

B. Conexión de la petición del cambio de letrado con "el momento en el que esta se produce". (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 360/2024 de 8 May. 2024, Rec. 11199/2023).

8. a. Aceptar con naturalidad que toda petición de cambio de Letrado, sea cual sea el momento en el que aquélla se produce, forma parte del contenido material del derecho de defensa, supondría distanciarnos del verdadero significado constitucional de ese derecho.

b. La capacidad de todo imputado de designar a un Abogado de su confianza no ampara estrategias dilatorias ni actuaciones que sean expresivas de una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa.

Estas ideas laten en la jurisprudencia de esta Sala en relación con el problema suscitado.

9. La STS 1989/2000, 3 de mayo, tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos jurídicos del abandono por parte del Letrado de la defensa de su representado. Razona la Sala Segunda –proclamando un criterio interpretativo que ya ha sido acogido con posterioridad, entre otras, por las SSTS 173/2000, 10 de noviembre, 327/2005, 14 de marzo y por el auto 24 de abril de 2003– que la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho –ha dicho esta Sala– no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos,

por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995; entre otras).

De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado.

10. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de Letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del Abogado».

También, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 128/2015 de 25 Feb. 2015, Rec. 1222/2014 se recoge que:

«El derecho de defensa se integra por estos cinco derechos:

a) Por el de defenderse por sí mismo, siendo una manifestación de ello el derecho a la última palabra que recoge el artículo 739 de la LECriminal.

b) El derecho a defenderse por letrado de su elección.

c) El derecho a cambiar de letrado de su elección, y

d) El derecho a disponer de letrado de oficio o gratuito bien cuando carezca de bienes o cuando no efectúe designación alguna.

e) Derecho a la confidencialidad en las relaciones Abogado y cliente sin que sea admisible interferencia alguna, pues caso contrario no había sino una mera apariencia de defensa –STS 79/2012–.

Ahora bien, ello no autoriza a la persona concernida a disponer a su voluntad de los tiempos procesales, ni a un pretendido derecho a que se le vayan nombrando Abogados de oficio de forma sucesiva hasta que uno merezca la confianza del inculpado.

Responsabilidad disciplinaria y responsabilidad penal en estos casos.

Debemos destacar también que en los casos en que la actuación del letrado conlleve responsabilidad penal tipificada en el artículo 463 CP no puede exponerse que la responsabilidad que ha contraído sea disciplinaria cuando existe precepto en el Código Penal donde se tipifica claramente la conducta descrita en los hechos probados que constituye una infracción penal y no solamente disciplinaria.

Sería esta última en los casos en los que se archivara la causa penal, o se absolviera en este caso al recurrente y la posibilidad de derivar, en su caso, una responsabilidad disciplinaria por la abogacía.

Pero en este caso no es eso lo que ocurre, ya que hay una sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal confirmada por la Audiencia Provincial respecto a una conducta que está descrita en los hechos probados y que reúne los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal objeto de condena, como han descrito tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial y que se confirma en la presente resolución, como ya se ha descrito.

Tanto el artículo 553.3 de la LOPJ en relación como en el artículo 119 del Estatuto de la Abogacía aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, se aplican cuando no existe responsabilidad penal en la conducta del letrado/a, pero no existe una preferencia de aplicación de la responsabilidad disciplinaria sobre la penal cuando los hechos revisten caracteres de delito tipificado en el CP, como en este caso ha ocurrido, y es la conclusión a la que se llega por el juzgado de lo penal como por la AP.

El artículo 553.3 LOPJ señala que Los abogados y procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los juzgados y tribunales:… 3.º) Cuando no comparecieren ante el tribunal sin causa justificada una vez citados en forma.

El artículo 55.2 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española señala que:

2. En su intervención ante los órganos jurisdiccionales, el profesional de la Abogacía deberá atenerse en su conducta a la buena fe, prudencia y lealtad. La forma de su intervención deberá guardar el debido respeto a dichos órganos y a los profesionales de la Abogacía defensores de las demás partes.

Y el artículo 119, no el 26, de este Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española señala que:

1. Los profesionales de la Abogacía y las sociedades profesionales en que participen o presten servicio están sujetos a responsabilidad disciplinaria.
2. Las facultades disciplinarias de la autoridad judicial sobre los profesionales de la Abogacía se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes procesales. Las sanciones o correcciones disciplinarias que impongan los Tribunales al profesional de la Abogacía se harán constar en su expediente personal.

Pero esta «corrección disciplinaria» lo es cuando el hecho no revista caracteres de delito, ya que la preferencia es la penal frente a la disciplinaria, no al revés que es lo que se postula en el recurso, omitiendo que, tal y como ha sido reconocido en las sentencias del juzgado de lo penal y la AP, concurren los elementos subjetivos y objetivos del artículo 463 CP.

No puede existir, así, una reclamación de que se aplique la responsabilidad disciplinaria cuando los hechos que constan en los probados se subsumen en el delito del artículo 463 CP, tal y como se ha explicado en la presente resolución.

(STS 264/2025, de 26 de marzo).

ARTÍCULO 468 CP

Quebrantamiento de medida cautelar. Enviar mensaje a través de las amigas de la expareja existiendo prohibición de comunicación con ella. El artículo 48.3 CP prohíbe todo contacto, directo o indirecto, con la víctima por cualquier medio o procedimiento.

El criterio defendido por el Ministerio Fiscal, se adecua a la interpretación teleológica de la norma (exposición de motivos de la LO 14/1999 y de la LO 27/2003) y con la pacífica doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda, algunas de cuyas resoluciones igualmente aporta el recurrente:

STS 303/2018, de 20 de junio de 2018: «no se precisa una comunicación directa del acusado con la denunciante para que se infrinja la orden de incomunicación, ya que ésta puede también vulnerarse valiéndose de medios indirectos que operen como instrumentos de la comunicación, como pudiera ser en este caso una amiga de la víctima, que declaró en el juicio que recibió el Whatsapp con las amenazas hacia la denunciante y su nuevo compañero, recogiéndose en el factum de la sentencia que esa conducta se realizó con el fin de que la amenaza llegara a conocimiento de la víctima».

STS 650/2019: «[…] comunicar con otra persona significa poner algo en su conocimiento. Según el diccionario de la RAE, entre otras acepciones, "descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo". En relación con el artículo 48.3 CP, establecer contacto escrito, verbal o visual. En este artículo no se exige un contacto, escrito o verbal, de doble dirección; por lo tanto, no es preciso que encuentre respuesta. Tampoco se establecen límites mínimos al contacto, siendo sufi-

ciente con su existencia. Lo que importa es que alguien haga saber algo a otro».

STS 553/2022, de 2 de junio: «La estructura típica, pues, no incluye ningún añadido vinculado al propósito de menoscabar la intimidad de la persona favorecida por la medida de protección dictada con carácter cautelar. Pero tampoco se resiente el juicio de tipicidad por el hecho de que el mensaje que quebranta la prohibición de comunicarse con la expareja se incorpore a una red social que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima… Lo verdaderamente determinante no es que los "pensamientos o reflexiones" deban entenderse como simples enunciados que no están dirigidos a una persona concreta, sino que esas palabras, una vez contextualizadas, tengan un destinatario respecto del que existe una prohibición judicial de comunicación y que su contenido llegue a su conocimiento».

En definitiva, declarado en el hecho probado la vigencia de la medida y su notificación al acusado, el contacto directo con amigas de su pareja para trasladarle unos mensajes, constituye un proceso de comunicación que infringe per se la prohibición fijada en la resolución. De otra parte, las consideraciones hipotéticas, no referidas al caso de autos, sobre el modo de acordar cuestiones comunes como las que deben ser resueltas si hubiera hijos comunes o la potencial responsabilidad de los intermediarios que hacen llegar los mensajes, resultan absolutamente ajenas al caso de autos.

(STS 1035/2025, de 17 de diciembre).

ARTÍCULO 467 CP

Deslealtad profesional. Perjuicio manifiesto de los intereses del mandante. Existencia. Abogada que tras recibir de clientes la correspondiente provisión de fondos y encargo de presentar demanda en la jurisdicción contencioso-administrativa, desatendiendo los intereses de los mismos durante 7 años.

El artículo 467.2 del Código Penal sanciona penalmente al Abogado o Procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados, añadiendo también el tipo culposo por imprudencia grave. Este delito tiene como elementos integradores los siguientes: a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial; b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado; c)

como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y d) desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave».

Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarán bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional, bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1995 haya adjetivado al «perjuicio» del artículo 360 del Código Penal de 1973 incorporando la locución «perjudique de forma manifiesta» los intereses que le fueren encomendados. Solamente ese plus en la antijuridicidad puede integrar el tipo penal que interpretamos.

El perjuicio es uno de los elementos del tipo objetivo y sobre su contenido nos hemos pronunciado en diferentes sentencias, precisando que, además de ser consecuencia de un comportamiento activo o pasivo relacionado con el ejercicio de la actividad profesional, puede ser económico, material o moral. No se precisa, por tanto, que sea económico (STS 137/2016, de 24 de febrero y 649/2020, de 1 de diciembre) y tampoco puede identificarse necesariamente con la pérdida de oportunidad del ejercicio de la acción no ejercitada por el profesional por dejación de funciones. Puede ser un daño moral y en distintas sentencias hemos ido precisando en función de situaciones concretas el contenido de ese daño moral.

En la STS 307/2013, de 4 de marzo, se consideró como perjuicio la falta de iniciación de un proceso judicial de adopción, señalando que esa deficiencia suponía un plus de antijuridicidad que colmaba las exigencias del perjuicio manifiesto; en la STS 916/2022, de 23 de noviembre, con cita de la STS 897/2002, de 22 de mayo, se consideró perjuicio la «comprensible angustia, inseguridad, desconfianza y desánimo, por el transcurso del tiempo y en las legítimas expectativas que no se concretaban. Se proclama como perjuicio manifiesto "la pasividad profesional prolongada consistente en la simple no presentación de una demanda judicial cuando se puede y debe hacer, con la idea de poner fin a un problema acuciante, con los consiguientes inconvenien-

tes y molestias" y en la STS 496/2022, de 23 de mayo, dijimos que "es evidente que al no hacer honor a su palabra el acusado, dejando de asumir el compromiso que contrajo con los perjudicados y, en definitiva, omitiendo iniciar los correspondientes procedimientos en defensa de sus derechos, les provocó un perjuicio representado, al menos, por la demora o pérdida de tiempo que ello supuso" y añadimos que · el daño moral no puede identificarse con secuelas psicológicas, sino que tiene un espacio propio, en el que las situaciones de angustia, frustración, miedo o padecimientos, en general, que ha soportado quien sufre las consecuencias del delito merecen un resarcimiento».

3. En el caso sometido a nuestra consideración el relato fáctico de la sentencia, aun de forma lacónica, afirma la existencia de perjuicio. Declarando, después de relatar los acontecimientos, respecto de los denunciantes que permanecieron «durante más de siete años abandonados sus intereses cuya defensa se había encomendado a la acusada, perjudicante así con su inactividad los intereses de sus clientes». En el juicio histórico también se concretaron las circunstancias que permiten apreciar la existencia del perjuicio.

Se relata en los hechos probados que la acusada en Octubre de 2009 recibió el encargo de atender los intereses de sus clientes y llevar a cabo las acciones frente al Ayuntamiento de Ogíjares por el desalojo y demolición de un secadero de tabaco ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se limitó a solicitar la vista del expediente administrativo para obtener una resolución administrativa en tanto que la resolución que acordaba la demolición había ganado firmeza. A continuación solicitó una certificación de actos presuntos pero no presentó posteriormente la demanda jurisdiccional. A partir de ahí y durante 7 años mantuvo una absoluta pasividad pese a los distintos requerimientos de información que recibió de sus clientes a los que contestaba mediante distintas excusas, todas ellas engañosas, como que los juzgados eran lentos, o que su ordenador estaba roto o problemas de enfermedad. En la sentencia de primera instancia se hace una alusión precisa y detallada de los distintos requerimientos realizados mediante correos electrónicos de 17/03/2011, 13/11/2011, 01/07/2014, 18/11/2015, 06/06/2017 y 10/07/2017, manifestando el cliente que se relacionaba con la abogada la desazón y angustia de todos los clientes por la falta de información sobre el estado del asunto a sus requerimientos. Fue en una reunión celebrada el 3 de julio de 2017 dónde finalmente reconoció ante sus clientes que no había presentado la demanda, que habían pasado los plazos y que no podía hacer nada. Por otro lado, en el relato fáctico también se declara que la Letrada recibió una cantidad en concepto de provisión de fondos.

A partir de estos datos consideramos existente y acreditado el perjuicio. En efecto, la frustración de cualquier posibilidad de defensa por la inacción de la Letrada pero, sobre todo, la incertidumbre y fracaso de las expectativas implicaron una angustia e inquietud en los querellantes constitutivos de un daño moral efectivo que colma las exigencias del artículo 467.2 CP y ello al margen de que la acción que se pretendía entablar fuera o no inviable o que incluso pueda todavía ejercitarse la acción, bien por anulación del Plan General de Ordenación Urbana del municipio, bien porque frente a un acto presunto por falta de respuesta del órgano administrativo no haya plazo para su presentación. Sobre esta cuestión en la sentencia de instancia se hizo una completa relación de las distintas reclamaciones o peticiones de información a la Letrada de los querellantes que evidencian el interés de éstos en la presentación de la demanda y su estado de desasosiego y desolación por lo que consideraban una tardanza injustificada.

Conviene traer a colación que esta Sala ha declarado que en la determinación de la existencia y cuantía de los daños morales no es exigible una rigurosa prueba, a diferencia de lo que acontece con los daños patrimoniales, sino que puede deducirse de las circunstancias de cada caso sin sujeción a pruebas de tipo objetivo (STS 1291/2001, de 29 de junio) y en este litigio a partir de la tardanza tan dilatada en el tiempo y de la falta de respuesta de la Letrada, pese a los distintos requerimientos realizados, es lógico inferir la zozobra y angustia de los demandantes por la falta de respuesta a sus peticiones y por la inacción procesal de la acusada.

(STS 856/2025, de 20 de octubre).

ARTÍCULO 510 CP

Delito de odio. Discriminación por razón de orientación sexual. Las dos acusadas insultaron y descalificaron a los sujetos pasivos por su condición de homosexuales, al besarse en público.

[…] en la reciente STS 872/2025, de 23-10, con cita de la STS 437/2022, de 4-5, hemos recordado que la esencia de lo que se trata de proteger con este delito ubicado en el artículo 510 CP está en la prohibición de la discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocidos en el artículo 14 CE, según el cual «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La igualdad y la no discriminación se configuran como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales, como muestra su ubicación sistemática en el pórtico del Capítulo II («De los derechos y libertades»), dentro del Título Primero de nuestra Carta Magna, dedicado a los «Derechos y Deberes Fundamentales».

Es importante destacar que el objetivo de protección del tipo penal del odio del artículo 510 CP tiene su base en los ataques a la igualdad y, en consecuencia, en la creación de la desigualdad que se origina con el odio al diferente por cualquiera de las razones o de la pertenencia a los grupos reflejados en el tipo penal. Pero el término «minorías» o el término «colectivos desfavorecidos» no está previsto ni exigido en el tipo penal, no es un elemento del tipo, dado que se debe proteger el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1CE) y la prohibición absoluta de discriminación prevista en el artículo 14 CE, por tanto, como no puede ser de otra manera, protege a toda la sociedad, sean los afectados minoría o mayoría, estén o no estén desfavorecidos en la actualidad o en el pasado.

De lo contrario, de entender que solo una persona vulnerable, o determinados colectivos desfavorecidos son los protegidos por el delito de odio nos llevaría a concluir que los no vulnerables pueden ser atacados con la intención dimanante del odio y por su pertenencia a una nación, raza, creencias, ideología, su sexo, orientación o identidad sexual, o por razones de género.

La mejor doctrina señala, así, que la amplitud de los móviles que se recogen en el artículo 510.1.º CP «por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad», permite confirmar la tesis de la doctrina mayoritaria que sostiene que el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación. Pero sin mayores aditamentos, porque el tipo penal no lo exige, por lo que los ataques y ofensas a personas de estos grupos se enraízan en el discurso del odio, sin exigir un concepto no incluido en el tipo de «vulnerabilidad» del sujeto que está integrado en uno de los grupos citados en el artículo 510 CP. Por ello, se indica que su bien jurídico protegido no sea sólo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social.

Resulta así evidente, que en este último caso, el odio a la identidad sexual de la víctima no lo es porque ésta –homosexualidad– sea vulnerable, sino en el ataque a aquella por ser homosexual, y al llevar

actos de humillación al mismo con sentimiento de menosprecio, pero sin que se pueda entender que si se llevan a cabo estos actos contra homosexual no vulnerable, pueda entenderse que la discriminación no se ha producido.

Por ello, los preceptos citados y el artículo 22.4 CP protegen a toda la ciudadanía siempre que la persona o personas afectadas encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no minoritarios, sean o no vulnerables, o sean, o no, desfavorecidos. Lo relevante y exigente es que participen de la razón del ataque en alguno de los conceptos y/ o grupos que se integran en el precepto ya antes citados, pero sin aplicación excluyente a los no vulnerables o que no pertenezcan a colectivos desfavorecidos por entenderse que estos «no pueden ser odiados», o que si se les odia esta conducta no es antijurídica, típica, culpable y punible.

Hay que recordar que las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada, están vinculadas per se no sólo con la igualdad sino también con la dignidad humana, y, por ello, no solo se protege con la tipicidad del odio a la dignidad y derecho a la igualdad de quien tiene el concepto de «vulnerable», sino a quien esté ubicado en uno de los grupos del artículo 510 CP. Es la igualdad y dignidad de todos, no de algunos, lo que se protege ante el discurso del odio, ya que no puede dejar de ser típica la conducta cuando se odia a un «no vulnerable» pero que está en uno de los grupos identificados en el tipo penal.

– En similar dirección la reciente STS 77/2025, de 31-1, recuerda que:

«Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad (STS 72/2018, de 9 de febrero).

Como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

En esta línea, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, señala que "la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales".

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio, tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la

libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirma que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto».

La sentencia anteriormente citada 72/2018, de 4-2, refiere la no necesidad de un dolo específico, el dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar.

La STS 185/2019, de 2 de abril, se detiene en exponer los elementos del delito de odio: «El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona o hacia colectivos, que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología…». «Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorpore una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación…». El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad.

Resulta significativa la STS 89/2025, de 5-2, que en un caso similar: dos acusados en un bar, se dirigen a la víctima que salía de los baños de dicho local, increpándole varias veces con expresiones como «maricón», «maricón de mierda», «te estabas paseando con tu amigo», llegando a cerrarle, de forma violenta, la puerta del aseo, motivando

un sentimiento de humillación en aquel, mantuvo la condena por el delito del artículo 510.2 a) razonando que su tipificación «se construye sobre la necesidad de dotar de especial protección a grupos vulnerables ante formas de expresión que los humillan o los colocan en la diana de comportamientos violentos en función de patrones que singularizan a sus miembros. Entendiendo vulnerabilidad como cualidad atribuible al grupo aglutinado en torno a uno de los factores de discriminación que se describen: la raza, la ideología, la religión, el género, el sexo, la orientación e identidad sexuales, el origen nacional, y la enfermedad o discapacidad, y como tal expuesto a ser vilipendiado por ello. Vectores que el legislador ha tomado en consideración para delimitar ámbitos necesitados de protección a fin de conformar un modelo social de tolerancia y convivencia pacífica e igualitaria. Grupos especialmente expuestos ante un discurso supremacista que ofende y humilla por los factores que el legislador ha definido como fuentes de discriminación.

La realidad social nos demuestra que por mucho que sean los esfuerzos desplegados para incentivar la aceptación dentro de nuestro ámbito de convivencia de la diversidad, la que tiene su base en la orientación sexual sigue siendo frecuente objeto de ataques.

La sentencia combatida aborda el análisis de tipicidad a partir de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, centrándose, entre otras, en la STS 646/2018 de 14 diciembre, de la que, entre otros, destaca el siguiente fragmento "El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, lo que permite excluir un animus ajeno al contenido agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa…".

1.6. En este caso las expresiones proferidas son ofensivas. Por mucho que alguna de ellas en particulares contextos y en determinados ámbitos se utilicen de manera generalizada, incluso jocosa y sin carga peyorativa, objetivamente incorporan una connotación de menosprecio vinculada a la orientación sexual, expresión de homofo-

bia. Empleadas tal y como el relato de hechos describe, no exentas de cierta violencia y en un lugar público de manera que pudieron ser escuchadas por terceros, transmiten un discurso que humilla, desprecia y discrimina, ostentado desde tradicionales posturas estereotipadas de lo masculino. Palabras que vehiculizan un discurso capaz de comprometer los valores constitucionales de salvaguarda de la dignidad humana y proscripción de la discriminación que proclaman los artículos 10 y 14 CE. Palabras idóneas para menoscabar gravemente la integridad moral de la persona sobre la que se personificó el ataque.

Un discurso que, tal y como el relato de hechos singulariza, responde a los prejuicios que ambos acusados tienen hacia las personas con una particular orientación sexual, por lo que es la pertenencia a ese grupo o colectivo la que impulsa la acción denigratoria, que de esta manera se proyecta sobre aquel. Así se deduce, no solo del contenido de las expresiones imprecadas, sino de los comportamientos sexuales que se aluden en las mismas como compartidos por personas de la orientación sexual que se pretende denigrar.»

En el caso que nos ocupa, la intensidad de los ataques, según el último párrafo de los hechos probados: «Este incidente duró 15 minutos, y los reiterados insultos y calificaciones discriminatorias supuso un grave atentado a la dignidad de Pascual, provocando que él rompiera a llorar en público y que tuviera que personarse la Policía Foral».

La sentencia recurrida, pese a la acusación formulada por el delito del artículo 510.2 a), no condenó por este delito, sino por el delito de injurias del artículo 208 CP, con la agravante de discriminación por la orientación sexual del artículo 22.4 CP, es decir, tal como señala el Ministerio Fiscal en su recurso, siendo el primer delito, un delito especial respecto del segundo. Cierto es que existen en el Código Penal otras figuras delictivas que también protegen la dignidad de las personas frente a conductas de humillación o menosprecio, como el delito contra la integridad moral del artículo 173 CP o el delito de injurias. En estos casos se produce un concurso de normas sancionable por la vía del artículo 8.1 CP, en el que la norma especial se considera que es el artículo 510.2 a) CP por su más específico y completo ámbito de protección.

La sentencia pretende abarcar todo el desvalor de la acción añadiendo al delito de injurias la agravante de discriminación, obviando que para tal supuesto hay un precepto específico, el artículo 510.2 a). La sentencia admite que los insultos se produjeron por discriminación, de hecho, aprecia la agravante, lo que supone abrir la opción entre el delito especial –510.2 a)– y el delito general con agravante –injurias + agravante de discriminación–.

1.7. Estaríamos, en todo caso, ante un concurso de normas a resolver conforme al principio de especialidad (art. 8.1 y 4 CP).

En efecto, la diferencia entre el concurso de normas y el concurso de delitos es esencial u ontológica y radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el principio «non bis in idem». En cambio, en el concurso de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado (STS 520/2017, de 6-7).

El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento, la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (SSTS 494/2014, de 18-6; 413/2015, de 30-6; 544/2016, de 21-6; 177/2017, de 22-3).

Tal como sucede en el caso que nos ocupa, en el que la aplicación del artículo 510.2 a) es suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal predicable de la infracción (STS 342/2013, de 17-4).

(STS 911/2025, de 4 de noviembre).

ARTÍCULO 542 CP

Delito contra el ejercicio de los derechos cívicos. Alcalde que sin causa que lo justifique, niega de forma persistente y contumaz, tanto verbal como por escrito, de forma directa o mediata, la consulta y entrega de un expediente administrativo de obra pública a la concejala de la oposición en las distintas ocasiones que la misma, en forma y mediante escrito presentado al efecto al Ayuntamiento lo solicitó.

En STS 243/2021, de 17 de marzo de 2021, respecto de este delito, refiriéndonos a casos en que, por no reunirse cuantos requisitos han de concurrir para subsumir la conducta en otro más específico, pero, sin embargo, tiene lugar un ataque a derechos cívicos o fundamentales, decíamos que «no significa que la conducta sea atípica cuando existe un tipo residual en que tiene cabida la obstaculización de cualquier otro derecho cívico que no esté expresamente contemplado (bien por omisión o bien por defecto en su contemplación) en algún otro de los preceptos expresamente recogidos por el legislador, de manera que, cuando así suceda, como cláusula de cierre entrará en juego en los casos de conductas delictivas que impidan el desarrollo o ejercicio de aquellos derechos fundamentales bien no regulados de forma expresa, o bien que no lo sean en los términos expresamente previstos por el legislador, que es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa».

Con ello no hacíamos sino seguir la línea marcada por la STS 443/2008, a la que acuden las sentencias de instancia y apelación en apoyo de su decisión, en la cual, por no apreciarse todos los elementos para subsumir la conducta enjuiciada en un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, y teniendo en cuenta el carácter residual del artículo 542 CP, se ratificó la condena por este delito con el siguiente razonamiento:

«Tal precepto –como recuerda la STS de 11 de marzo de 2002, núm. 165/2002– constituye realmente una "norma penal en blanco", cuya norma complementaria es fundamentalmente la Constitución, que es donde se proclaman los derechos fundamentales de la persona (Cfr. SSTS de 21 noviembre 1995, y 22 enero 1996).

El sujeto activo del delito, dice la sentencia de 23 marzo 2001, ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto nos ofrece el artículo 119 CP. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición "in genere" de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (SSTS de 22 diciembre 1992 y 7 febrero 1994).

La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (sentencias de 22 diciembre 1992, 8 febrero 1993 y 7 febrero 1994).

El Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca "a sabiendas", es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos.

La determinación de la conducta típica consiste en impedir a sabiendas el ejercicio de los derechos cívicos, que ha de entenderse como estorbar o dificultar la consecución de un propósito, esto es, crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, que es, en el caso concreto, hacer imposible el ejercicio de un derecho.

La conducta de "impedir", debe entenderse en sentido amplio, como cualquier conducta que de hecho haga imposible su ejercicio (STS de 7 febrero de 1994).

Señala la STS de 23 de octubre de 2001, núm. 1953/2001, que con la expresión "derechos cívicos" el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiendo como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución a través de los cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la sección del Código donde se ubica el artículo 542 comprende de modo genérico los delitos contra "otros derechos individuales", la rúbrica del Capítulo se refiere a "derechos fundamentales y libertades públicas", todo ello en el marco de los "delitos contra la Constitución". La Ley penal ha de complementarse, pues, con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de "leyes" mantenida en la norma del artículo 542 ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales. Entre aludidos derechos fundamentales entrarán en la órbita aplicativa de la regla legal aquellos que por su propia naturaleza puedan responder al mecanismo que la norma penal prevé. Ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público».

2. Partimos, pues, de la anterior jurisprudencia, y, sentado que nos encontramos ante un motivo por error iuris, conviene recordar que hemos de partir del más absoluto respeto a los hechos probados, de manera que, siendo esto es así, no cabe variación alguna de su literalidad, ni directa, ni indirecta, por la vía de introducir matizaciones a los mismos, con las que alterar el juicio de subsunción que ha de ser objeto de revisión.

Sin perjuicio de remitirnos a los hechos probados de la sentencia de instancia, podemos aquí recordar que en ellos se declara que el condenado, Hipolito, como Alcalde Presidente de Los Pozuelos de Calatrava y conocedor los «derechos de participación, y sin causa que lo justifique, dentro del Expediente NUM000 […] negó de forma persistente y contumaz, tanto verbal como por escrito, de forma directa o mediata, la consulta y entrega del expediente relativo "a los arcos" a la Concejala Portavoz del Grupo Popular (oposición), Magdalena, en las distintas ocasiones que la misma, en forma y mediante escrito presentado al efecto al citado Ayuntamiento lo solicitó, desde finales de 2017 (27/03/2018, 2/04/2018, 21/05/2018, 23/05/2018 y 5/12/2018)».

En el repaso que hacemos por la Jurisprudencia que ha tratado el delito contemplado en el artículo 542 CP, ya hemos visto que ha venido interpretando el verbo «impedir», con que se define su acción nuclear, como comprendido en él cualquier acto que haga imposible el ejercicio del derecho de que se trate, que ha de partir de quien tenga el dominio funcional del hecho con el que se obstaculiza el real ejercicio de tal derecho, se valga, o no, de estratagemas formales para ello. En el caso, no se ha criminalizado cualquier falta de información o denegación de documentación, como se apunta en el recurso, sino que la condena se debe una actitud obstruccionista por parte de quien, aprovechándose de su posición como alcalde, se coloca en una situación de abuso de poder, siendo de esta manera, según hemos visto, como actuó el condenado, y así lo revelan, de forma categórica, menciones como «sin causa que lo justifique» o que «negó de forma persistente y contumaz».

Frente a esta realidad fáctica, al igual que se hizo con ocasión del recurso de apelación, se buscan lo que no se puede considerar sino pretextos, como que todas las solicitudes de acceso a los expedientes fueron admitidas, lo que no es cuestión de negar, porque, aunque formalmente así fuera, no es incompatible con reconocer una actitud obstruccionista para su real acceso, que queda evidenciada con excusas tan simples, como esa alegada dificultad para localizar el expediente, o la falta de secretario y de medios en el ayuntamiento para facilitarlo, que, además de que son inasumibles para desactivar los hechos probados, no cabe tenerlas en consideración, tanto porque no se encuentran recogidas en ellos, como porque son incompatibles con la categórica redacción de los mismos.

En resumen, concurriendo cuantos elementos para integrar los hechos en el delito contemplado en el artículo 542 CP, procede la desestimación del recurso.

(STS 274/2025, de 26 de marzo).

Sentencias de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2025

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Abogado Of Counsel. Doctor en Derecho

Ex Magistrado Coordinador del Gabinete Técnico
de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

En el año 2025, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado cuatro «sentencias de pleno», tres menos que en el año 2024, haciendo uso de la posibilidad recogida en el artículo 264 de la LOPJ de unificar criterios, que desde 2019 ha sustituido a los clásicos «acuerdos del Pleno», que no se expresaban en una sentencia sino en un criterio doctrinal sobre una cuestión controvertida que se redactada en un texto, se daba a conocer públicamente y al que luego le seguían las sentencias correspondientes que seguían o debían seguir el sentido interpretativo alcanzado en el Pleno de la Sala, reuniones en las que se buscaba la unanimidad.

De hecho, cuando no se alcanzaba ese consenso, y la Sala se dividía, se evitaba tomar acuerdos por mayoría, porque entonces quedaba en evidencia que no había un criterio sólido sobre el tema o cuestión examinada y era más que razonable no publicar un supuesto acuerdo de nuestro más Alto Tribunal, que en realidad no existía.

Pero en la actualidad, y desde hace unos años, las sentencias de Pleno se configuran como auténtica jurisprudencia, en el sentido del artículo 1.6 CC, reforzada porque vienen avaladas por un estudio y debate de todos los Magistrados de la Sala, que no sólo expresan una doctrina al respecto, sino que resuelven un caso determinado, con el efecto jurídico-procesal que ello supone.

Ciertamente, y como ya advertimos en la Crónica del pasado año, esta nueva fórmula no evita las discrepancias de criterio, pues todas menos una de las sentencias de pleno dictadas en 2024 por la Sala de lo Penal, contaron con votos particulares. Es decir, sólo se alcanzó la

unanimidad en una única sentencia, la STS núm. 265/2024, de 18 de marzo.

Dicho lo anterior, en el año 2025, las sentencias de Pleno dictadas por el máximo órgano de la jurisdicción penal, en las que, por cierto, no se produjeron votos particulares, fueron las siguientes:

STS núm. 487/2025, de 28 de mayo.
STS núm. 818/2025, de 8 de octubre.
STS núm. 849/2025, de 16 de octubre.
STS núm. 854/2025, de 16 de octubre.

1. STS núm. 487/2025, de 28 de mayo; Roj: STS 2606/2025 - ECLI: ES: TS:2025:2606

Cuestión: ¿Es necesaria la convivencia para aplicar los artículos 153.2, 171.7 y 173.4 del Código Penal?

Respuesta: No se entra a resolver la cuestión en atención a que se planteó como «cuestión nueva».

Sentencia decepcionante porque no hubiera sido necesario llevar a Pleno un caso en que con la aplicación de la conocida doctrina de la «cuestión nueva», hubiera bastado para inadmitir, o en su caso desestimar el recurso, sin necesidad de entrar en el fondo y por supuesto sin que hubiera que convocar al Pleno de la Sala para resolver esa cuestión.

En efecto, considera la Sala, como cuestión nueva, pues no fue alegada con anterioridad, si en los delitos entre parientes, referenciados en los artículos antes citados, es necesario para su aplicación que exista una convivencia previa entre agente y Víctima cuando el sujeto pasivo son ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.

El recurso de casación que dio lugar a la presente sentencia plenaria, se admitió «a trámite al considerar existía "interés casacional" a la vista de que se alegaba que existía sentencias» (1) que se apartaban del criterio sostenido por la Audiencia de Valencia que desestimó en apelación el recurso.

La cuestión que se suscitaba era que en el caso presente, la recurrente –la condenada– y su madre no convivían, por lo que se aducía que: ha de degradarse el delito de lesiones del artículo 153.2 CP a delito leve, aunque a tenor del principio acusatorio ha de ser absuelta;

(1) En concreto: Sentencia 587/05, de 23 de junio de 2006, de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y la Sentencia 395/05 de 11 de julio de la Sección 1.ª de Audiencia Provincial de Madrid.

en cuanto al delito leve de amenazas del artículo 171.7 CP, ha de ser absuelta por no existir convivencia entre madre e hija, principio acusatorio y ser la amenaza leve y carente de dolo; y respecto al delito leve de injurias del artículo 173.4 CP, al no existir convivencia, y tratarse de injuria leve entre particulares que ha quedado destipificada, ha de ser absuelta.

Pero nos quedamos sin respuesta al caso, ya que –se dice– «la cuestión planteada en el recurso no fue articulada ni en la instancia ante el Juzgado de lo Penal ni en apelación ante la Audiencia dado que el único motivo planteado fue el error en la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral».

Y, en consecuencia, el recurso casacional planteaba una «cuestión nueva», es decir, que se pudo plantear en apelación y sin embargo no se hizo, por lo que es de aplicación la jurisprudencia consolidada de la Sala (*vid*. SSTS 73/2022, de 27-1; 985/2022, de 21-12; 676/2024, de 27-6; 990/2024, de 7-11; 291/2025, de 27-3) que afirma que «el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse *ex novo y per saltum* alegaciones relativas a otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron suscitados con anterioridad».

A continuación, la Sala sostiene que «lo decidido por un Juzgado de lo Penal no es susceptible de casación; solo de apelación. Es lo resuelto en apelación lo que puede acceder a casación. Y en la casación se ventila la conformidad a derecho de la sentencia de apelación que, si es correcta, solo podrá pronunciarse sobre lo impugnado, no sobre otras cuestiones que las partes no cuestionan en sus recursos. Es más, si resolviese sobre otros puntos no impugnados, aunque su solución fuese hipotéticamente acertada en el fondo, habría que anularla en casación ante la queja de cualquier parte por no haberse ajustado a ese dogma elemental y clásico: *tantum devolutum quantum apellatum* (*vid*. art. 465.5 LEC)».

Y se desarrolla esta conocida tesis, de forma amplia –y como se dijo– sin entrar en la interesante cuestión que planteaba el recurso, que quedó, por tanto, sin respuesta.

Se reitera pues, la doctrina que sobre la materia tiene establecida la Sala Segunda de nuestro Tribual Supremo, que sintetizamos del siguiente modo:

«Pueden aducirse en casación nuevos argumentos (*v. gr.* se pidió en apelación que se suprimiese la reincidencia por no tratarse de delito de la misma naturaleza y en casación se alega, además, que el antecedente

estaba cancelado); pero no podrán introducirse nuevas pretensiones impugnatorias (no se discutió la reincidencia en la apelación y en casación se lucha por suprimir la agravante: sobre esa cuestión no hay ningún pronunciamiento de la Audiencia; por tanto no se puede reprochar a la Audiencia una decisión inexistente. No se puede anular una sentencia de la Audiencia que ha resuelto de forma impecable todo lo que le presentó para resolver; y que, también haciendo lo que debía hacer, no se ha pronunciado sobre otras cuestiones). Las pretensiones impugnatorias no admiten el efecto Guadiana: desaparecen en la apelación y reaparecen sorpresivamente en una ulterior impugnación. En el momento en que se consiente una decisión no impugnándola queda expulsada esa cuestión de la controversia, ha dejado de formar parte del objeto procesal de la apelación y, por ende, de la casación. Las impugnaciones sucesivas han de ser un *continuum* guardando congruencia unas con otras.

En el ámbito penal así vino a afirmarlo la jurisprudencia desde que se introdujo un recurso de apelación previo a la casación en el procedimiento del jurado. Antes el problema del recurso *per saltum* no aparecía: no existía una segunda instancia previa a la casación (el diseño era o apelación o casación; pero no apelación más casación). Con la generalización de la segunda instancia han comenzado a reproducirse supuestos, cada vez más frecuentes, en que aparece esta disfunción».

Pero constituye doctrina común a todas las Salas de este Tribunal Supremo, civil, contencioso-administrativa y social, que coinciden en la idea de que la parte que suscita en el recurso de casación una cuestión que no planteó antes en el recurso previo, o en su caso, en la instancia, no puede ser atendida. La respuesta a esa pretensión novedosa ha de ser la inadmisión o, en su caso, la pura y simple desestimación sin analizar el fondo, en cuanto sobre este no hay pronunciamiento de la sentencia cuya corrección ha de examinarse (naturaleza revisora de la casación), no podía haberlo porque no era objeto de impugnación».

Por todo ello, se procede a la desestimación sin necesidad de abordar el problema de fondo planteado en virtud de la doctrina expuesta, a tenor de la cual esa es la respuesta en fase de decisión cuando se constata un óbice de admisibilidad.

La verdad es que la sentencia no supone ninguna novedad por lo que –como se dijo– no se entiende por qué se llevó el recurso al Pleno de la Sala, salvo –se nos ocurre decirlo, como hipótesis– por si la trascendencia del tema de fondo hubiera podido excepcionar tan arraigada doctrina, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de nuestra Carta Magna y que en más de una ocasión los Tribunales utilizan para entrar en el fondo de cuestiones, formal o procesalmente, mal planteadas.

2. STS núm. 818/2025, de 8 de octubre; Roj: STS 4393/2025 - ECLI: ES: TS:2025:4393

Cuestión: Posibilidad de reevaluar la decisión de absolver por delitos de coacciones y prevaricación administrativa; y revocabilidad en casación del pronunciamiento sobre las costas procesales imponibles a la acusación.

Respuesta: En el primer caso, no se dieron los elementos típicos de dichos delitos; y en cuanto a las costas, a pesar de la dificultad de introducir esta cuestión en casación, se dice que es posible su examen y únicamente si se aprecia una total falta de motivación o una decisión irracional al respecto, cabrá casar la sentencia en ese particular.

A) Empezando por la cuestión sustantiva, se plantea una reevaluación de la decisión de absolver por delitos de coacciones y prevaricación administrativa. Y se resuelve el recurso del siguiente modo:

1. Por lo que se refiere al delito de coacciones, la Audiencia Provincial tuvo dudas de la real comisión de los hechos. Consideró insuficiente la prueba practicada para acreditar que las posibles víctimas se hubieran visto determinadas a actuar en contra de su voluntad por la acción de los acusados.

Es una valoración no solo llena de lógica, sino la más lógica, se dice en la sentencia objeto del recurso.

Las Salas sentenciadoras han dado cumplimiento a su deber de motivación y, al tiempo, han dado satisfacción, paralelamente, al derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a las partes. Los razonamientos, ni siquiera remotamente, pueden calificarse de arbitrarios; o huérfanos de lógica; o caprichosos. Antes al contrario, realizan una correcta ponderación de los elementos de cargo ofrecidos por la acusación para respaldar sus imputaciones y se da una fundada respuesta a la pretensión condenatoria formulada por el recurrente, aunque sea contraria a sus intereses.

Esta Sala de casación no puede volver a evaluar la verificación probatoria de los hechos que sostiene la parte recurrente. Concurren pruebas personales relevantes valoradas por el Tribunal que las presenció en términos que debemos respetar.

Dos líneas llevan a refrendar esta conclusión. En primer lugar, los límites impuestos a la revocación de las sentencias absolutorias, particularmente cuando son fruto de la valoración probatoria, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (*vid.* las SSTC citadas en el primer fundamento). La absolución se construye sobre la base de la

valoración de prueba personal, lo que corresponde, sin otro límite que el respeto a las reglas del raciocinio humano, al Tribunal de instancia, que la ha percibido directamente y en su totalidad.

2. En cuanto al delito de prevaricación administrativa, se trata de un delito que precisa de una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los administrados. El delito, además, exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de contrariar la razón, la justicia y las leyes, desviándose de la «normopraxis» administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, de una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad.

Por «resolución» hay que entender aquellos actos administrativos de carácter constitutivo y declarativo, excluyéndose los actos carentes de carácter decisorio (por todas, STS 769/2022, de 15 de septiembre).

B) Abordando ya el tema de las costas, inicia la resolución del Tribunal Supremo, el examen de la cuestión planteada, indicando que más allá de la dudosa naturaleza sustantiva de la norma supuestamente infringida (art. 240.3 LECrim) –a diferencia del art. 123 CP–, es patente la dificultad de introducir en casación esa temática a través del artículo 849.1.º LECrim (*vid*. STS 297/2022, de 24 de marzo). Ni el artículo 240 LECrim es norma sustantiva; ni es tema en el que la fiscalización radique en comprobar la correcta subsunción de los hechos: *item* más, en el *factum* no encontraremos normalmente referencia alguna a las circunstancias determinantes de la condena en costas.

Sin embargo, la praxis de este Tribunal, empero, viene admitiendo la discusión en casación de ese tipo de pronunciamientos (no asimilables en rigor a los basados en el Código Penal: art. 123 CP). No deja de ser paradójico si nos asomamos a la clásica jurisprudencia civil tremendamente reticente a abrir el debate casacional a los temas de costas dada su naturaleza estrictamente procesal y no ser las cuestiones procesales propias de la casación (por todas SSTS Sala 1.ª 607/2018, de 23 de octubre o 174/2021, de 29 de marzo –ésta para abrir una excepción ATS Sala 1.ª de 26 de septiembre de 2018 –rec. 1470/2016–). Un replanteamiento de esta praxis enlazaría con la jurisprudencia más clásica (STS de 18 de enero de 1887) reanudando –valga la imagen– un tracto sucesivo interrumpido hace muchos años. Pero –se dice– lo hacemos ahora.

Dicha cuestión, el de la revisión en materia de costas en casación, canalizada en el caso a través del artículo 852 LECrim, esto es, por presunta infracción de precepto constitucional, es resuelta mediante

una clara respuesta: **«en esa vía bastará constatar que el pronunciamiento está racionalmente motivado –lo que no puede discutirse en este supuesto– para cerrar la discusión. Solo en casos de absoluta falta de motivación o irracionalidad de la decisión cabrá casar la sentencia en ese particular. En los restantes supuestos hemos de respetar la decisión del Tribunal de instancia ya revisada en apelación».**

Por eso, también se procede en este punto, a la desestimación del recurso, ya que en el caso examinado no se discute que hubo una respuesta motivada.

3. STS núm. 849/2025, de 16 de octubre; Roj: STS 4646/2025 - ECLI: ES: TS:2025:4646

Cuestión: Requisitos para aplicar el artículo 197.2 CP.

Respuesta: La mera utilización de una contraseña personal ajena para acceder a los datos incluidos en un ordenador, llena los requisitos del delito de revelación de secretos.

El caso se refiere a una persona que, sin tener la titulación de enfermero, ejerció como tal durante años y además se introdujo en el ordenador de una enfermera del centro, logrando acceder a todo su contenido, entrando, sin autorización, en diversas carpetas que contenían archivos privados y personales de la enfermera.

La condena por intrusismo no fue objeto de discusión. Sí, en cambio, el delito de revelación de secretos que el TSJ consideró inexistente, en base a este razonamiento:

«Frente a todo ello, y con los hechos probados y con los fundamentos de derecho de la sentencia no podemos comprobar que se ha invadido el ámbito personal reservado, o que la libertad informática de esta persona haya resultado afectada. En algún párrafo aislado de los fundamentos de derecho se recoge "real y ciertamente se produjo por el acusado una intromisión no autorizada en la intimidad de Soledad, accediendo a datos sensibles y reservados de su vida privada allí guardados", pero ni en los hechos probados se dice a qué "datos sensibles y reservados de su vida privada allí guardados" son a los que se ha accedido porque solo recoge las carpetas ya citadas, ni en los fundamentos de derecho explica cuáles son esos datos sensibles y reservados a los que ha accedido el acusado y cuándo se ha producido ese acceso porque el único que se recoge como probado es el del día 11 de octubre de 2018».

El Tribunal Supremo, en la sentencia casacional, discrepa ya que: «La sentencia impugnada hace una lectura incompleta del relato fáctico. Es cierto que los hechos probados refieren la existencia de determinadas carpetas y su nomenclatura, pero el tribunal de instancia hizo algunas otras precisiones fácticas que el tribunal de apelación ha omitido.

Así, cuando hace alusión al uso que la denunciante hacía de su ordenador afirma que lo utilizaba diariamente «para elaborar sus particulares e individuales modelos de "plantillas o planillas" de los usuarios de la residencia, como de ordenador personal propio con clave personal y no accesible a terceros sin su permiso, dado el contenido reservado y datos sensibles de su vida privada allí incorporados, así como su correo electrónico personal». También dice que el día en que el acusado accedió al ordenador, una vez que había obtenido fraudulentamente la clave de la denunciante, entró en determinadas carpetas y añade que se trataba de carpetas «perfectamente identificadas con archivos privados y personales».

Por lo tanto, el relato fáctico describe, por más que lo haga de forma sucinta y poco precisa, que el ordenador tenía información personal, lo que desautoriza el principal argumento de la sentencia impugnada para considerar atípicos los hechos».

Y a continuación se detalla la doctrina que se exige para aplicar el artículo 197.2 CP, y que sintetizamos, del siguiente modo:

Es cierto –se dice en la sentencia– que no basta para colmar las exigencias típicas del tipo previsto en el artículo 197.2 CP el simple acceso a un dispositivo que pueda almacenar información personal, como lo es un ordenador. Se hace necesario que se acceda a esa información y en este caso los hechos probados describen ese acceso, como, por otra parte, ocurre siempre, salvo supuestos excepcionales en que un ordenador no haya sido utilizado y esté complemente vacío de información, circunstancia que desde luego no concurre en este caso.

Precisado lo anterior, resulta obligado reseñar que el artículo 197.2 CP sanciona «al que, 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».

Luego, se cita –entre otras– la STS 634/2019, de 19 de diciembre, que afirma que, **en principio, todos los datos personales automatizados son sensibles** en cuanto la ley no establece distinciones en su

protección y ninguno de ellos es inocuo una vez informatizado porque pueden ser manipulados y fuente de información. No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos penalmente.

Y saliendo al paso de un equívoco bastante generalizado, se dice: «**No importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares.** No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos «objetivamente» relevantes para la intimidad, que serían los únicos susceptibles de protección penal, y datos «inocuos» cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida. En esta dirección la STS 725/2004. de 11 de junio, nos dice que el artículo 197. 2 CP no hace distinciones respecto del objeto de la acción que tengan fundamento en normas no penales y se refiere a «datos reservados de carácter personal o familiar» registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros públicos o privados. Es decir, que **el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal.**

En el caso a que se refiere la presente sentencia de pleno, y según se declara en el relato fáctico de la sentencia, el acusado se introdujo en el despacho de la enfermera afectada y «valiéndose de la contraseña que, previamente había obtenido en junio con la ayuda de un pendrive que introdujo en el equipo informático, logró acceder a todo su contenido».

Pues bien, **la obtención fraudulenta de la clave del ordenador ya es de por sí un acceso no consentido a un dato personal reservado de la denunciante. La clave, que es un identificador de su titular, permite el acceso a toda la información que pueda existir en el ordenador, y que, por lo mismo, constituye per se un dato personal reservado protegido por el artículo 197.2 del Código Penal.**

La clave de un ordenador personal es la llave, la puerta de acceso a todo el contenido de ese ordenador en el que ordinariamente se almacena información reservada del titular y de la misma forma que hemos dicho que la obtención indebida de «un identificador en línea constituye un dato personal susceptible de protección» porque permite identificar a su titular, también es protegible y sancionable penalmente la obtención de la clave del ordenador personal de otra persona en cuanto da acceso a toda la información personal almacenada en el dispositivo, sin que sea

preciso una descripción detallada de su contenido una vez que consta que el autor no se limitó a obtener la clave sino que accedió a sus distintas carpetas y contenido y ese acceso generalizado a toda la información del ordenador integra el perjuicio que exige el precepto aplicado.

En efecto, según la literalidad del artículo 197.2 CP el apoderamiento, utilización o modificación de datos personales de carácter personal requiere que se realice «en perjuicio del titular o de tercero» y hemos declarado, mediante una interpretación integradora, que ese perjuicio también es exigible en la conducta de simple acceso (SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre y 40/2016, de 3 de febrero).

Y finalmente, para determinar la existencia del perjuicio, se diferencia entre que se trate de datos especialmente sensible o no.

En el primer supuesto, en caso de acceso a datos especialmente sensibles, que tienen una penalidad agravada (art. 197.5 CP) la propia relevancia de los datos determina la existencia del perjuicio.

Y se entiende por dato especialmente sensible, de acuerdo con el Reglamento de Protección de Datos (art. 9) y el artículo 195.5 citado los datos personales 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, así como los referidos a víctimas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

En otro caso, cuando los datos no sean especialmente sensibles habrá de acreditarse la existencia de un perjuicio.

Por eso, aunque en los hechos no consta que los datos personales a los que se accedió fueran especialmente sensibles, **el acceso indiscriminado a todo el contenido de un ordenador personal, que puede y ordinariamente incluye información personal muy amplia y variada, integra el perjuicio típico que exige el artículo 197.2 CP.**

Por tanto, los hechos probados son subsumibles en el artículo 197.2 CP lo que determina la estimación del recurso y de ese modo se restaura la inicial doble condena que estableció la Audiencia Provincial, con imposición de la misma pena que ésta estableció.

Esta es la única sentencia de las cuatro «de pleno» dictadas en 2025, en la que el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, y en este caso, de modo parcial.

4. STS núm. 854/2025, de 16 de octubre; Roj: STS 4526/2025-ECLI: ES: TS:2025:4526

Cuestión: Tratamiento procesal de *Encrochat.*

Respuesta: Es válido siempre que no vulnere los derechos o garantías observables en el proceso concreto de que se trate.

Confirma la Sala de lo Penal la sentencia de la Audiencia Nacional, dictada por su Sala de Apelación, en un caso de narcotráfico en el que se examina *Encrochat*, una red de comunicaciones encriptada que utilizan principalmente organizaciones criminales y que constituye la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre este sistema de mensajería.

La sentencia avala las pruebas utilizadas para la sentencia condenatoria y lo hace tras examinar en qué consiste *Encrochat* y su correcta aplicación al caso, habida cuenta que se impugnó el valor probatorio de las conversaciones que las autoridades judiciales francesas obtuvieron de la mencionada plataforma *Encrochat*, llegadas a España a través de la OEI que formuló la Fiscalía Antidroga, y posteriormente incorporadas al procedimiento.

Las quejas de los recurrentes se centraron en la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por proceder el material incautado de una actuación prospectiva, no autorizada judicialmente en España, cuestionando además el proceso de asignación de identidades a los usuarios de la plataforma.

La sentencia, de cierta amplitud, trata el tema en tres partes que va examinando sucesivamente: primero, describe el marco general sobre *Encrochat*, a continuación, analiza jurisprudencia y doctrina del TEDH, y acaba con la aplicación al caso, en el que en el acto del juicio se ratificaron los informes elaborados por la Policía Judicial, con el preceptivo sometimiento de sus autores al interrogatorio contradictorio.

1. MARCO GENERAL SOBRE *ENCROCHAT*

Comienza el análisis del tema, con el escrito de impugnación presentado por el Ministerio Fiscal, en el que se dan unas pinceladas sobre dicho tipo de sistema de comunicación encriptada.

Indica la sentencia que el MF señala que «Aunque se dispone de información sobre el actual uso por organizaciones criminales de más de 50 nuevas plataformas de mensajes encriptados, en este momento *EncroChat, SKY-ECC, ANOM y EXCLU* son las que, ya intervenidas,

son origen de las comunicaciones que están siendo utilizadas como prueba en los distintos procedimientos».

Se trata en todos los casos –sigue el Escrito del Ministerio Público– de «aplicaciones informáticas que se instalan en los teléfonos (algunos, como *EncroChat,* preferentemente en un determinado tipo de terminales) y permiten una comunicación privada de mensajes escritos, fotos, vídeos, audios, que busca evitar la interceptación por las autoridades judiciales. Instalada la *app* para encriptar las comunicaciones se cierran el resto de las funciones del teléfono móvil.

Cada una tiene características técnicas distintas de las que derivaran seguramente algunas particularidades también en su tratamiento procesal. Como característica común los terminales carecen de identificación del usuario de la SIM, resultando que en *EncroChat* la identificación del usuario se hacía por apodos y en SKYECC a través de un código alfanumérico».

La importancia de la «interceptación de los mensajes de estas plataformas es muy grande ya que están proporcionando a los investigadores europeos un panorama actual del tráfico de drogas y la delincuencia organizada, dado que "gran parte de los procedimientos judiciales en trámite sobre narcotráfico trasnacional grave están basados, total o parcialmente, en prueba obtenida a través de las intervenciones de las plataformas de encriptados"». Y es que «alrededor del 90 % de las comunicaciones interceptadas se refieren al tráfico de drogas, principalmente de cocaína; el resto tienen que ver con algunos casos de asesinatos o secuestros relacionados en general con el narcotráfico».

Y también se da un dato que no es baladí: «No se ha detectado que los usuarios de estos sistemas hayan hecho uso de ellos para tratar sobre asuntos de carácter legal».

Los precios del sistema encriptado son altos, en *EncroChat* se habla de unos 1.000 euros el terminal y unos 1.500 trimestrales. Los canales de distribución de la aplicación eran restringidos, a través de circuitos privados en internet en la mayoría de los casos. La seguridad y privacidad se concibe máxima y en *EncroChat* se permitía la autodestrucción de mensajes, borrado de contraseñas y borrado de pánico que fue utilizado cuando se dieron cuenta de la intervención de *EncroChat.* En el momento de la explotación de *EncroChat* los usuarios que recibieron un mensaje con la alerta de la intervención se pasó a SKY pero, en todo caso, no se impidió el acceso a los datos ya que las conversaciones estaban ya intervenidas».

A continuación, la sentencia comienza con una breve introducción sobre el sistema *Encrochat,* sus características generales y su examen respecto al caso de origen. Lo resumimos con toda la brevedad posible.

1. *Características generales*

Sobre las particulares características, funcionamiento y vicisitudes de *EncroChat,* con carácter introductorio, se recurre en primer lugar a la STJUE (Gran Sala) de 30 de abril de 2024, asunto M. N. (C-670/22) –apartados 19 y 20–:

– En el marco de una investigación llevada a cabo por las autoridades francesas, se puso de manifiesto que algunos investigados utilizaban teléfonos móviles encriptados, que funcionaban bajo una licencia denominada *EncroChat*, para cometer delitos relacionados principalmente con el tráfico de estupefacientes.

– Esos teléfonos móviles permitían, gracias a un software especial y a un material modificado, establecer, a través de un servidor instalado en Roubaix (Francia), una comunicación cifrada de extremo a extremo, que no podía ser intervenida mediante métodos tradicionales de investigación.

– Con mayor detalle, la Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 2 de marzo de 2022 - *BGH 5 StR 457/21 - Beschluss vom 2. März 2022 (LG Hamburg)*- indica que los teléfonos se anunciaban con las siguientes características: i) anonimato garantizado (sin conexión del dispositivo, ni de la tarjeta SIM a la cuenta del cliente); ii) plataforma Android personalizada (interfaz totalmente cifrada desde el principio, centrada en la seguridad y la confidencialidad, con configuraciones de usuario simplificadas); iii) sistema operativo dual (los usuarios pueden usar el sistema operativo Android estándar o *EncroChat*, ya que ambos sistemas operativos se incluyen con cada dispositivo); iv) tecnología de vanguardia (terminales telefónicos especialmente diseñados y configurados para aumentar la seguridad mediante el bloqueo de la cámara, el micrófono, el GPS y el puerto USB); v) borrado automático de mensajes; vi) borrado rápido y código PIN de pánico (el usuario puede introducir un código PIN especial en la pantalla de bloqueo para borrar inmediatamente todos los datos del dispositivo), de igual forma, la introducción repetida de una contraseña incorrecta borraría todos los datos.

La comunicación solo era posible entre clientes de *EncroChat.* Estos teléfonos no se podían adquirir a través de canales de venta oficiales, sino que los vendedores los ofrecían en la plataforma eBay. Investigaciones posteriores revelaron que no se pudo identificar ninguna empresa legalmente establecida llamada *EncroChat,* y que estos dispositivos solo se vendían a personas seleccionadas, incluidos los

propios distribuidores. No se pudo identificar al responsable de *EncroChat,* ni la sede oficial de la empresa.

– La policía francesa consiguió, con la autorización de un juez, conservar datos de dicho servidor, en 2018 y 2019. Estos datos permitieron el desarrollo, por un equipo conjunto de investigación, que incluía expertos neerlandeses, de una aplicación informática de tipo «caballo de Troya».

– Dicha aplicación fue instalada en la primavera de 2020, con autorización del *Tribunal correctionnel de Lille* (Tribunal de lo Penal de Lille, Francia) en el citado servidor y, desde allí, en los mencionados teléfonos portátiles por medio de una actualización simulada.

– 32.477 usuarios, de un total de 66.134 registrados, distribuidos entre 122 países, se vieron, al parecer, afectados por la referida aplicación.

Sobre la información obtenida (algunas fuentes hablan de más de 100 millones de mensajes), Eurojust informó de su existencia a aquellos países cuyos nacionales operaban a través de *EncroChat*. En el caso de España, tras la tramitación de una Orden Europea de Investigación, la información se recibió en noviembre de 2020 y se incorporó a distintos procedimientos judiciales.

2. *Los datos de* EncroChat, *su incorporación al presente procedimiento y valor probatorio*

Los datos del servidor de *EncroChat* pueden plantear cuestiones de índole procesal en cada procedimiento penal en concreto, como son, entre otras: la manera de obtenerlos desde Francia, el que la técnica concretamente empleada para esta captación de datos no ha sido divulgada, por estar sujeta a secreto de defensa nacional conforme a tal normativa francesa (art. 4139 y 413-10 del CP francés.); la cadena de custodia del material aportado; la realización de copias; la extracción de datos relativos a personas, hechos y delitos específicos; su incorporación a cada procedimiento penal; o los informes policiales sobre la correspondencia entre *nicknames* e identidades de personas concretas.

Muchas de estas cuestiones deben ser observadas desde la perspectiva de cada procedimiento y la prueba practicada en cada uno de ellos; sin perjuicio de que, con carácter general, se pueda afirmar, como ya se ha indicado, que:

– Los datos se obtuvieron mediante la emisión de una OEI, por parte del Ministerio Fiscal, en las Diligencias de Investigación 20/2020.

– Se recogieron por parte de la fuerza policial española en dependencias policiales en Francia, en un disco duro, que quedó depositado en poder de la Guardia Civil.

– El Ministerio Fiscal autorizó a la Policía de Judicial para que: i) realizara una copia de la evidencia original, ii) analizara la información contenida en el citado disco duro, y iii) iniciara una investigación o aportara al proceso en curso la información obtenida.

Como se observa, los datos aportados por parte de Francia no son los datos originales del servidor, tal y como se obtuvieron, sino unos datos que fueron objeto de análisis y selección por las autoridades francesas, para discriminar cuáles podrían ser de interés para las autoridades españolas. Además, los datos que, en su caso, se incorporan a cada procedimiento penal en España, tampoco son los que se recibieron desde Francia; sino que, nuevamente, son datos que son objeto de análisis y selección, en este caso por parte de la Policía Judicial, para discriminar cuáles podrían ser de interés para cada procedimiento penal, en atención a las personas, hechos y delitos investigados.

Esta selección «en cascada» plantea el problema de las posibilidades para la defensa de impugnar la integridad y fiabilidad de los datos, porque nunca ha podido tener a su disposición los «datos en bruto».

2. PAUTAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINA DEL TEDH

La sentencia examina la doctrina del TEDH y la propia jurisprudencia de la Sala, para apoyar su decisión, aunque no haya habido, con anterioridad, pronunciamientos específicos en relación a *EnchroChat.*

Y así, se citan sentencias del referido Tribunal Europeo sobre casos que guardan cierta similitud. Entre otras la STEDH (Gran sala), de 26 de septiembre de 2023, caso Yüksel Yalçinkaya c. Turquía (asunto núm. 15669/2020), que se refiere a otra red de mensajería encriptada, *ByLock.* Y la STEDH (Gran Sala), de 25 de mayo de 2021, caso Big Brother Watch y otros c. Reino Unido (asuntos núm. 58170/13, núm. 62322/14 y 24960/15) que examina un caso de interceptación masiva de comunicaciones transfronterizas *(bulk interception)* por parte de los servicios de inteligencia; así como del intercambio de la información obtenida entre Estados, cuya doctrina ha sido recogida ya por distintos pronunciamientos de la propia Sala Segunda.

Consecuencia de ello es que la jurisprudencia de la Sala, haciéndose eco de los pronunciamientos del TEDH, ha fijado las bases de una doctrina general sobre el acceso de la defensa a la totalidad del material inculpatorio, incluyendo –naturalmente– el supuesto de que tal material sea de naturaleza electrónica.

Entre dichas sentencias, se destacan la STS 993/2022, de 22 de diciembre, la STS 106/2023, de 16 de febrero, STS 873/2023, de 24 de noviembre y STS 902/2024, de 28 de octubre.

La STS 993/2022:

En relación al acceso de todo el material inculpatorio, efectivamente, tiene declarado el TEDH que el derecho a un juicio contradictorio exige, en un caso penal, que la acusación revele a la defensa todas las pruebas materiales que obren en su poder a favor o en contra del acusado (véase Edwards c. Reino Unido, 16 de diciembre de 1992, § 36, serie A núm. 247B, y Rowe y Davis, antes citada, § 60).

La expresión «prueba material» abarca todo el material en posesión de las autoridades con relevancia potencial, también si no se considera en absoluto, o no se considera relevante (compárese Edwards, citado anteriormente, § 36; Bendenoun c. Francia, 24 de febrero de 1994, § 52, serie A núm. 284; y Rowe y Davis, antes citada, § 60).

Y el hecho de no revelar a la defensa pruebas materiales que contengan datos que podrían permitir al acusado exonerarse o reducir su pena constituiría una denegación de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa (véase Natunen c. Finlandia, núm. 21022/04, § 43, 31 de marzo de 2009; Matanoviæ, antes citada, § 157).

Preparación que requiere determinar si la cantidad de tiempo realmente disponible antes del final de la audiencia fue suficiente [Mattick, c. Alemania (dec.), núm. 62116/00, de 31 de marzo de 2005].

La STS 106/2023, de 16 de febrero, en la misma línea, afirmó:

«6. Para identificar cómo debe evaluarse si la persona acusada ha contado con las facilidades defensivas adecuadas que reclama el Convenio de 1950, resulta de extraordinario interés la STEDH, caso Rook c. Alemania, de 25 de octubre de 2019, en la que se abordan, precisamente, los problemas de acceso del demandante a una ingente información documental intervenida en el curso del proceso penal que se seguía en su contra, –nada menos que catorce millones de archivos electrónicos–, para cuyo examen, en parte, se requería, además, un muy costoso programa informático de lectura- y en qué medida ello pudo afectar a sus derechos defensivos.

Pues bien, «Para dicha evaluación, el Tribunal analizó los siguientes ítems: las condiciones en las que la persona acusada accedió al final de la investigación al expediente conformado por la acusación; si este contenía la información inculpatoria relevante; si dispuso del tiempo necesario para su examen; si existieron impedimentos graves para acceder al total de las informaciones intervenidas y almacenadas; si las modelizaciones o limitaciones de acceso fueron razonables; si se le prestó la ayuda o las facilidades que situacionalmente resultaban adecuadas para acceder al total o al máximo posible de los datos alma-

cenados; si se precisaron los documentos que prestaban soporte probatorio a la acusación y si se facilitó copia de los mismos al acusado –en el caso, se incluyeron en el expediente de acusación copias de veintiocho transcripciones de datos provenientes de la vigilancia de telecomunicaciones y alrededor de 1.100 impresiones de archivos electrónicos–; si se hizo algún uso de los datos o documentos intervenidos y no trasladados por copia a la defensa para formular acusación; si el tribunal hizo algún uso de datos para conformar su convicción que no constaban precisados en el expediente de acusación; si la parte que afirma haber sufrido el menoscabo ha identificado qué tipos de datos a los que no pudo acceder podrían tener potencial eficacia defensiva, atendiendo a que el propio investigado conocía los datos personales que fueron objeto de intervención».

Llegándose, en el caso, a la conclusión, de que no se vulneraron los derechos de defensa, pues el demandante contó con medios y tiempo suficiente para la adecuada y eficaz preparación de su defensa.

En cuanto a la STS 873/2023, de 24 de noviembre:

Se dice –con cita de STEDH, caso Rook c. Alemania, de 25 de octubre de 2019; STSS 507/2020, de 14 de octubre; 86/2022, de 31 de enero; 106/2023, de 16 de febrero– que en los casos de dificultades técnicas para el acceso a los datos, en particular cuando están encriptados, o los inconvenientes logísticos para su manejo y análisis cuando estos resultan muy voluminosos– es preciso activar salvaguardas específicas en orden a la recopilación y al tratamiento –*vid.* STS 425/2016, de 4 de febrero; Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2019– pero también para la adecuada valoración de su fiabilidad. En particular, «en aquellos supuestos en los que los datos digitales se han obtenido sin control judicial posterior o no vienen acompañados de otras informaciones probatorias con potencial corroborativo –*vid.* sobre el uso probatorio de contenidos remitidos mediante servicios de mensajería, STEDH Yüksel Yalçinkaya c. Turquía, de 26 de septiembre de 2023–».

Y en cuanto a la STS 902/2024, de 28 de octubre:

El TEDH, tras recordar la doctrina de que las autoridades de la fiscalía deben revelar a la defensa todas las pruebas materiales que obren en su poder a favor o en contra del acusado, «El hecho de no comunicar a la defensa las pruebas materiales que contengan los datos que podrían permitir al acusado exonerarse a sí mismo o ver reducida su condena constituiría una denegación de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa (véase Natunen c. Finlandia, n. 21022/04, § 43, de 31 de marzo de 2009; Matanoviæ c. Croatia, n. 2742/12, de 4 de abril de 2017, § 157)».

La doctrina expuesta ha configurado «un cuerpo de doctrina» que ha sido reiterado en otras, como la STS 37/2025, de 23 de enero, que reproduce la contenida en la STS 106/2023, de 16 de febrero.

Además de dicha doctrina general, es de cita obligada la ya citada STEDH (Gran sala), de 26 de septiembre de 2023, caso Yüksel Yalçinkaya c. Turquía (asunto núm. 15669/2020) que aborda la posibilidad de acceso de la defensa a la totalidad de los «datos en bruto» obtenidos del servidor de una aplicación encriptada de mensajería, denominada ByLock.

De la misma –continúa la sentencia de pleno–, se pueden extraer los criterios siguientes sobre la cuestión examinada:

«1. Lo relevante es que, si la equidad general del proceso se garantizó, desde la perspectiva de las garantías procesales e institucionales y los principios fundamentales de un juicio justo inherentes al artículo 6 CEDH (ap. 313).

2. Se debe evaluar si se dio a la defensa la oportunidad de impugnar las pruebas y de oponerse a su uso, en circunstancias en las que se respetaron los principios del procedimiento contradictorio y de igualdad de armas entre la acusación y la defensa (ap. 324).

3. El hecho de que existan informes (periciales, policiales…) sobre los datos en el procedimiento y que la defensa tenga pleno acceso a los mismos no es obstáculo o excusa para negar su derecho o interés en solicitar el acceso a los datos del servidor o del dispositivo electrónico, a partir de los cuales se han elaborado dichos informes (ap. 327).

4. La necesidad de revelar a la defensa "todas las pruebas materiales" no puede limitarse a las pruebas consideradas pertinentes por la acusación; sino que abarca todo el material en posesión de las autoridades que pueda ser pertinente para la defensa.

5. Sin perjuicio de ello, el derecho de la defensa a la exhibición de pruebas se puede limitar por diversas razones, entre ellas que las pruebas que obran en poder de la acusación se refieran a una gran masa de información electrónica, de modo que puede que no sea posible, o incluso necesario, revelar esa información a la defensa en su totalidad.

6. El derecho de la defensa a la exhibición de pruebas no se debe confundir con el derecho de acceso a todo ese material o información.

7. Si ello es así, lo determinante es valorar si el eventual perjuicio sufrido por la defensa, debido a la no divulgación de los datos del servidor, se vio contrarrestado por garantías procesales adecuadas y si se le dio la debida oportunidad de preparar su defensa, como exige el artículo 6 CEDH.

8. Ello exige valorar circunstancias como las siguientes:

1.1) Respecto a la posible solicitud de incorporación de los "datos en bruto" al proceso: i) si se contestó o no a la misma; y ii) en el caso de que se contestara, cuáles fueron las razones esgrimidas para la denegación.

1.2) Respecto a la posible solicitud de que los "datos en bruto" se sometan a un examen independiente, deben valorarse los mismos extremos, si bien teniendo en cuenta que: i) la solicitud de un examen independiente no impone a los tribunales nacionales la obligación de ordenar que se emita un dictamen pericial o que se adopte cualquier otra medida de investigación, por el mero hecho de que una de las partes lo solicite; y ii) el hecho de que los tribunales nacionales se basen exclusivamente en la información y los informes proporcionados por autoridades estatales para determinar la culpabilidad del demandante, sin someter los "datos en bruto" a un examen directo, no basta por sí solo para declarar injusto el procedimiento, habida cuenta, en particular, de las competencias técnicas requeridas para examinar los datos en su forma bruta.

1.3) Esta valoración debe ser especialmente cautelosa cuando concurren determinadas circunstancias como, por ejemplo, cuando: i) los datos han sido "procesados" por distintas autoridades y con distintos fines (como fines de inteligencia o como prueba penal para iniciar investigaciones y detener a los sospechosos); ii) existen elementos en el informe o los distintos informes obrantes en el procedimiento que introduzcan alguna duda o contradicción sobre la integridad o fiabilidad de los datos; iii) el pleno acceso de la defensa al material puede servir para reforzar sustancialmente su pretensión o sus argumentos; y iv) los datos tienen un "peso preponderante" como indicio o prueba en su contra».

Es decir –concluye en este punto, la sentencia–, **no es posible un análisis general acerca del valor probatorio de los datos procedentes de *EncroChat*, alejado de los pormenores de cada caso concreto**.

Por eso, «Hemos de ceñirnos al caso que concentra nuestra atención».

3. VALORACIÓN Y APLICACIÓN DEL MATERIAL OBTENIDO, EN EL PRESENTE CASO

Concluye la sentencia de pleno, examinando las quejas de la defensa respecto al valor probatorio de las conversaciones de *Encrochat,* incluso las que aluden a la regularidad de su obtención.

Y se inicia el análisis, reprochando a los Letrados que, en los recursos en cuestión, están enunciadas en términos genéricos ya que, por ejemplo, no inciden en la cadena de custodia, en la transmisión de datos en bruto.

Se centran en denunciar su vinculación con una «investigación prospectiva», como «idea fuerza», aunque lo que si cuestionan es la asignación de las identidades a los *nicknames* con el que operan en la red encriptada, al menos tres de los recurrentes.

La sentencia de Pleno manifiesta que, en el caso, la incorporación a la causa de los elementos obtenidos de la interceptación de la red *EnchroChat* tuvo lugar cuanto la instrucción estaba ya muy avanzada, y que las pruebas de cargo derivaban esencialmente de los previos seguimientos, una vez ratificados por los agentes que los realizaron, y en los hallazgos obtenidos en dichos recursos, con lo que la incidencia de los aludidos datos goza de un valor meramente corroborador.

Además, la incorporación de ese material documental se realizó mediante un documento firmado digitalmente compuesto por un total de 867 páginas numeradas y con marca de agua, con lo que el órgano de enjuiciamiento entendió que ello «garantiza la inalterabilidad y fidelidad de los datos concretos extraídos de la copia forense y facilitados a esta Unidad sobre la base del citado Decreto de la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional». Decisión avalada por la Sala de apelación.

Así, con todo detenimiento, lo explicó la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional:

«De las gestiones practicadas por esta Instrucción (JCI núm. 1 de la AN), se tiene conocimiento de que con fecha 18 de noviembre de 2020, la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional, mediante las Diligencias de Investigación 20/2020, autorizó a la Unidad Técnica de Policía Judicial (UTPJ), junto con el Grupo de Informática Forense de la Jefatura de Información de la Guardia Civil, realizaran una copia forense de las evidencias legales obtenidas del servidor de dicho servidor sito en Francia. Citadas diligencias de investigación dimanan de las Di. 16/2020 que se incoaran como consecuencia de la comunicación efectuada por las Autoridades Judiciales de Lille (Francia), referida a un sistema de encriptación de comunicaciones telefónicas conocido como "encrochat" en que se transmitía una información de actividades criminales supuestamente cometidas en España. 1 W Que teniendo conocimiento de que, junto a las actividades objeto de las D.1. 1612020, las intervenciones de las comunicaciones obtenidas del servidor de Encrochat sito en Francia podrían referirse a actividades delictivas, se remitió el 23 de julio de 2020 una Orden Europea de Investigación (OEI), cuyo objeto era obtener todos los datos de comunicación y asociados referentes a España, desde el inicio de la intervención del servidor Encrochat hasta su finalización.

Dicha OEI fue cumplimentada por comunicación de la Autoridad judicial de Lille, de 14 de septiembre de 2020, que expresamente

autoriza a la Fiscalía Antidroga a la utilización de los datos transmitidos en el marco de la solicitud de asistencia judicial, de modo que puede implementarse en toda investigación y en virtud de cualquier procedimiento judicial, actuaciones judiciales, instrucción o juicio. Así mismo, en las D. I 20/2020, el Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional acuerda que, realizaran una copia forense de la evidencia original, manteniendo la inalterabilidad de ésta, quedando como depositarios de las evidencias legales referidas en el Decreto de 18 de noviembre de 2020, emitido por el Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional.

En el referido documento, el Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga autoriza a las Unidades con funciones de Policía Judicial de la Guardia Civil, a realizar el análisis de la información contenida en el citado duro, para tratar de determinar: a) Si contienen elementos suficientes para iniciar una investigación. b) Si están relacionadas con una investigación ya iniciada; y, caso de resultar positiva, si la evidencia analizada, en relación con la investigación, aporta algún dato relevante.

En virtud de lo anterior, dicha UTPJ emitió oficio de fecha 25 de febrero de 2021, adjunta en un documento firmado digitalmente compuesto por un total de 867 páginas numeradas y con marca de agua NUM086, los datos relativos a las comunicaciones de los usuarios "Palillo", "Rubia", "Flaca", "Pelirojo" y "Perico", que garantiza la inalterabilidad y fidelidad de los datos concretos extraídos de la copia forense y facilitados a ésta Unidad (UOPJ Barcelona) sobre la base del citado Decreto de la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional».

A partir de dichos datos, agentes de la Guardia Civil realizaron minuciosos informes individualizados por cada uno de los usuarios de los *nicknames* identificados en esta causa, que analizan las distintas conversaciones y explican que establecen la conexión con los investigados a partir de los posicionamientos en los repetidores en red desde los que se ha conectado cada uno; del análisis de los mensajes encriptados que se intercambiaban, y su contraste con los datos que la investigación llevada a cabo hasta ese momento había arrojado.

Unos informes que fueron ratificados en el acto de juicio, con sometimiento de sus autores al interrogatorio contradictorio, y respecto de los que, pese a tener acceso a los mismos desde que se levantó el secreto de las actuaciones, no consta, al menos los recursos no lo identifican, petición alguna orientada a obtener mayor información respecto de los mismos, o tratar de contradecir sus conclusiones con otros medios de prueba.

En esas condiciones –se concluye– el valor probatorio que se les ha otorgado encuentra pleno acomodo en los parámetros que nuestra jurisprudencia, seguidora a su vez de las pautas marcadas por el TEDH, ha descrito».

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (1)

DRA. ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal (Acreditada Contratada Doctora)
Universidad Nacional de Educación a Distancia

CIRCULAR 2/2025, DE 7 DE NOVIEMBRE, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE LA AUDIENCIA PRELIMINAR DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

ÍNDICE: I. Consideraciones previas.–II. La audiencia preliminar del procedimiento abreviado. 2.1 Regulación. 2.2 Convocatoria. 2.3 Intervinientes. 2.4 Consecuencias de la incomparecencia. 2.5 Celebración y objeto. 2.6 Aportación documental y nueva proposición de prueba. 2.7 Resolución judicial de las cuestiones planteadas y posibles recursos. 2.8 Documentación de la audiencia preliminar.–III. El instituto de la conformidad. 3.1 Momentos procesales para alcanzar una conformidad. 3.2 Conformidad en la audiencia preliminar. 3.3 Conformidades parciales.–IV. La audiencia a la víctima. 4.1 Consideraciones preliminares. 4.2 Concepto de víctima o perjudicado. 4.3 Procedimientos con audiencia a la víctima. 4.4 Carácter preceptivo o facultativo de la audiencia a la víctima. 4.4.1 Introducción. 4.4.2 Premisa inicial. 4.4.3 Carácter preceptivo de la audiencia a la víctima: gravedad o trascendencia del hecho o intensidad o cuantía especialmente significativos. 4.4.4 Carácter preceptivo de la audiencia a la víctima: situación de especial vulnerabilidad. 4.4.5 Carácter facultativo de la audiencia a la víctima. 4.5 Efectos de las manifestaciones vertidas por la víctima. 4.6 Citación a la víctima. 4.7 Lugar y forma de practicar la audiencia a la víctima. 4.8 Documentación de la audiencia a la víctima. 4.9 Contenido de la audiencia a la víctima.–V. Posibilidad de celebrar la audiencia preliminar en otros procedimientos.–VI. Derecho transitorio.–VII. Conclusiones.

(1) Disponible en: https://www.fiscal.es/documentacion

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, además de una importante transformación organizativa de la Administración de Justicia, ha supuesto la introducción de reformas procesales que afectan, en mayor o menor medida, a todos los órdenes jurisdiccionales.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en palabras del preámbulo de la Ley Orgánica, «se modifica solo en cuestiones puntuales que permitan ordenar los procedimientos existentes para fomentar su agilización, hasta tanto se elabore y entre en vigor una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que diseñe un procedimiento penal del siglo XXI».

Una de esas reformas ha consistido en la creación de un nuevo trámite en el seno del procedimiento abreviado denominado «audiencia preliminar», cuya regulación se recoge fundamentalmente en los artículos 785 y 786 LECrim. y que supone, además, una reformulación del capítulo V del título II del libro IV LECrim. (arts. 785 a 789).

La celebración de esta nueva audiencia se prevé una vez superada la fase intermedia del procedimiento abreviado, con la inequívoca finalidad de preparar el juicio oral, decidir sobre la admisión de pruebas, depurar defectos procesales y solventar aquellas cuestiones que pudieran impedir su celebración o determinar su suspensión, incluida la posible nulidad de pruebas por vulneración de derechos fundamentales; igualmente, constituye un momento procesal en el que las partes pueden instar del órgano judicial la finalización anticipada del proceso con el dictado de una sentencia de conformidad.

Esta nueva audiencia responde, en consecuencia, a esa finalidad última de agilizar el proceso penal, pues se orienta a evitar suspensiones del juicio oral como consecuencia bien de alegaciones efectuadas por las partes al inicio del plenario, bien por alcanzarse una conformidad en estrados.

Por otra parte, el legislador viene a dar carta de naturaleza a una práctica extendida por algunos órganos de enjuiciamiento de celebrar vistas o comparecencias previas al plenario al objeto de que las partes se manifiesten sobre la posibilidad de alcanzar una conformidad.

II. LA AUDIENCIA PRELIMINAR DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

2.1 **Regulación**

A la regulación de la nueva audiencia preliminar se dedica fundamentalmente el actual artículo 785 LECrim., así como parte del

artículo 786.1 LECrim. Como ya se advertía, ello ha supuesto la reorganización de todo el capítulo V del título II del libro IV LECrim. (arts. 785 a 789), cuya rúbrica también se modifica: «De la audiencia preliminar, del juicio oral y de la sentencia».

De este modo, el artículo 785 presenta una redacción completamente nueva respecto a la anterior. El artículo 786 incluye una novedosa redacción en su primer apartado, mientras que el segundo y el tercero resultan coincidentes con la redacción del anterior artículo 785.2 y 3. El artículo 787 se corresponde con el anterior artículo 786, en cuanto se ocupa de la regulación del inicio de las sesiones del juicio oral, aunque con modificaciones en los aspectos relativos a la celebración del juicio en ausencia y al trámite de cuestiones previas (actual art. 787.3), que resulta reducido como consecuencia, precisamente, del objeto de la audiencia preliminar. El artículo 786 bis, relativo a la comparecencia en juicio de la persona jurídica, se renumera como artículo 787 bis. Se introduce un nuevo artículo 787 ter, que coincide con la redacción del anterior artículo 787 y que regula la posibilidad de que las partes alcancen una conformidad al inicio de las sesiones del juicio oral, si bien introduce algunas modificaciones a las que se hará referencia más adelante. Finalmente, los artículos 788 y 789, reguladores de la práctica de la prueba y de la sentencia, se mantienen inalterados.

Los apartados primero a tercero del artículo 785 LECrim. versan sobre el desarrollo de la audiencia preliminar. Los apartados cuarto a undécimo establecen los requisitos y efectos de la conformidad que las partes pueden alcanzar en esta comparecencia, así como el contenido de la sentencia y su régimen de impugnación. El apartado decimosegundo indica que «la comparecencia se registrará en el modo previsto en el artículo 743», esto es, del mismo modo que «el desarrollo de las sesiones del juicio oral y resto de actuaciones orales», lo que supone el necesario registro de la audiencia preliminar en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, por remisión a lo dispuesto en los artículos 146 y 147 LEC.

La reorganización del capítulo V del título II del libro IV LECrim. ha supuesto que los reenvíos que en otras partes del articulado de la ley se efectuaban a los artículos 785 a 787 ya no resulten correctos en aquellos casos en los que no se ha procedido a la modificación del precepto en el que se efectuaba la remisión. Ello implicará, en cada caso concreto, la necesidad de integrar debidamente la remisión con el correspondiente precepto de la actual redacción legal.

Sirva como ejemplo de lo anterior el tenor del artículo 800.3 LECrim. que, en el momento de fijar los criterios preferenciales para

señalar el juicio oral en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, se remite a lo previsto para el procedimiento abreviado en el artículo 785.2 LECrim., cuando ahora tales criterios aparecen recogidos en el artículo 786.2. Igualmente, la referencia del apartado sexto del artículo 800 LECrim. al artículo 785.1 debe entenderse efectuada ahora parcialmente al artículo 785.3. Lo mismo sucede en la remisión que el artículo 801.2 LECrim. realiza al artículo 787, para el control de la conformidad prestada ante el juzgado de guardia, que ahora aparece previsto en el artículo 787 ter. Y, en general, todas las remisiones que incluye el artículo 784 LECrim., precepto que no ha sido modificado por la LO 1/2025.

2.2 **Convocatoria**

Conforme al tenor literal del artículo 785.1 LECrim. («convocará»), la celebración de la audiencia preliminar deviene preceptiva para el órgano de enjuiciamiento, de manera que, una vez que las actuaciones se encuentren a su disposición, este será el primer trámite procesal a realizar.

La previsión expresa de esta audiencia como un trámite obligatorio para todos los procedimientos abreviados implica que no resultará preciso efectuar ningún tipo de selección previa de procedimientos, a diferencia de lo que sucedía con las comparecencias que se venían efectuando por algunos órganos de enjuiciamiento para que las partes pudieran alcanzar una conformidad. Con ello se disipa cualquier sospecha en cuanto al compromiso de imparcialidad del órgano de enjuiciamiento.

Por lo demás, la organización que puedan adoptar los órganos judiciales para la celebración de las audiencias preliminares puede ser diferente, bien señalando días completos para la celebración en exclusiva de audiencias preliminares (lo que podría resultar conveniente desde el punto de vista organizativo), bien compaginando los señalamientos de las audiencias preliminares con la celebración de juicios orales.

La ley no fija un plazo para la celebración de la audiencia preliminar, sino que se limita a indicar que su convocatoria se efectuará por el juez, jueza o tribunal competente para el enjuiciamiento «en cuanto las actuaciones se encontraren a su disposición». Se utiliza así la misma expresión que el artículo 785 LECrim. empleaba en su redacción anterior para determinar el momento en el que el órgano de enjuiciamiento debía proceder al examen de la prueba propuesta y al inmediato dictado del auto de admisión o denegación.

No obstante, la finalidad de la audiencia preliminar y la concentración de trámites que supone parecen incidir en la necesidad de que el señalamiento se lleve a cabo en el plazo más breve posible.

2.3 **Intervinientes**

A la audiencia preliminar deberán ser citados, además del Ministerio Fiscal, las partes personadas y la persona acusada.

Sin embargo, el artículo 785.2 LECrim. advierte que la ausencia del acusado o de alguna de las partes personadas no provocará la suspensión de la audiencia, circunstancia que deberá ser advertida en las citaciones que se efectúen. A contrario sensu, los únicos supuestos en los que se podrá suspender la audiencia preliminar serán aquellos en los que la ausencia de la persona acusada o de las partes sea suficientemente justificada o aquellos otros en los que la citación no se hubiera podido verificar en debida forma, aunque resulta evidente que la audiencia preliminar tampoco se podrá llevar a término sin la presencia de la defensa.

A falta de mayor concreción sobre qué debe entenderse por qué la persona acusada «haya sido debidamente citada» (párrafo segundo del art. 785.2 LECrim.), se considerará de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del artículo 787.1 LECrim. en cuanto a la citación a juicio, de modo que el emplazamiento a la audiencia preliminar habrá de ser personal, en el domicilio o en la persona a la que se refiere el artículo 775.1 LECrim. No obstante, la diferencia estriba en que la audiencia preliminar se celebrará en todo caso –asista o no la persona acusada–, con independencia de la concreta petición de pena que se solicite por las acusaciones.

En cuanto al tercero responsable civil, su ausencia injustificada al acto del juicio oral, habiendo sido citado en debida forma, ya se preveía en el derogado artículo 786.1 LECrim., y se regula actualmente en el apartado tercero del artículo 787.1. Esa ausencia no es por sí misma causa de suspensión del juicio, lo que refuerza la anterior previsión en cuanto a las consecuencias de su inasistencia injustificada a la audiencia preliminar.

Las víctimas o perjudicados también serán citados a la audiencia preliminar. Cuando estén personados en la causa como acusación particular así lo exige el artículo 785.1 LECrim. En caso contrario, su audiencia será preceptiva para alcanzar una conformidad en los términos que se indicarán en la presente Circular. No obstante, de no comparecer habiendo sido citados, la audiencia preliminar se celebrará en su ausencia, pues el referido precepto dispone que se practicará «siempre que hubiera sido posible» (art. 785.4. II LECrim.).

2.4 **Consecuencias de la incomparecencia**

La incomparecencia de alguna de las partes a la audiencia preliminar no implicará su suspensión con carácter general, aunque no podrá celebrarse en relación con aquellos aspectos que requieran su presencia.

Consecuencia de esa falta de asistencia será la imposibilidad de efectuar alegaciones al inicio de las sesiones del juicio oral sobre competencia del órgano judicial, vulneración de derechos fundamentales, artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral o nulidad de actuaciones. Y es que, como subraya el artículo 787.3 LECrim., al inicio de las sesiones del juicio únicamente podrá solicitarse la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos, así como proponerse la práctica de pruebas de las que las partes no hubieran tenido conocimiento al momento de celebrarse la audiencia preliminar.

En definitiva, las alegaciones sobre competencia, vulneración de derechos fundamentales, artículos de previo pronunciamiento, suspensión del juicio oral o nulidad de actuaciones deberán plantearse necesariamente en la audiencia preliminar, pues la ley ha previsto este trámite procesal para su alegación.

De este modo, se armonizan los diferentes procedimientos penales acumulando en una fase inicial y previa al acto de juicio oral todas las alegaciones indicadas –arts. de previo pronunciamiento para el procedimiento sumario (art. 666 LECrim.); cuestiones previas para el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (art. 36 LOTJ) y audiencia preliminar para el procedimiento abreviado (art. 785 LECrim.)–, quedando expedita la posibilidad de interponer recurso contra la sentencia, fundamentando la vía impugnatoria en dichas alegaciones.

En relación con lo señalado *supra*, la STC 247/1994, de 19 de septiembre, dice:

«En el procedimiento abreviado, el auto donde se abre el juicio oral no puede ser por sí mismo susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno, aun cuando su impugnación pueda hacerse al tiempo que se impugne la sentencia […] Es una desviación del camino recto, inventando un remedio artificioso donde no hay ninguno y soslayando el que la ley ofrece para la ocasión con carácter preclusivo para purgar cualquier defecto. No hay opción al respecto ni puede argumentarse que cuando no está prohibido expresamente es admisible. Esa interpretación es tendenciosa y olvida que cuando se establece un trámite en una cierta fase del procedimiento no cabe practicarlo en otro momento y así ocurre en el abreviado, donde al comienzo del juicio oral aparece configurada una audiencia preliminar en la que cualquiera de las partes

tendrá la oportunidad de exponer cuanto estime oportuno acerca de una serie de cuestiones y entre ellas, la eventual "vulneración de un derecho fundamental". Allí y entonces, no antes ni después, pueden y deben proponerse tales cuestiones y la decisión del juez que recaiga sobre ellas sí puede ser objeto de un proceso de amparo, una vez agotado el recurso de apelación […]».

En idéntico sentido se han pronunciado las SSTS 97/2025, de 6 de febrero; 650/2016, de 15 de junio; 428/2014, de 20 de mayo. Esta última afirma:

«Desde el punto de vista procedimental esta Sala viene considerando que esa impugnación –específica y no puramente retórica– exigible como carga, ha de hacerse en los momentos habilitados a tal fin. Por supuesto que cabe durante toda la fase de instrucción; también, indudablemente, en el escrito de calificación. En los procedimientos en que existe la previsión de una audiencia preliminar es factible aflorarla al inicio del juicio oral (procedimiento abreviado: art. 786.2 LECrim.). Sobrepasado ese instante se cancela la posibilidad de esa alegación, lo que tiene toda lógica. Cerrada ya la fase probatoria, la acusación se vería imposibilitada de acreditar la legitimidad de la prueba tardíamente combatida. Sería ya extemporánea una impugnación que apareciese en el informe del juicio oral o en el recurso contra la sentencia».

Asimismo, la STS 199/2023, de 21 de marzo, no apreció omisión de garantías procesales originadoras de indefensión por la denegación del planteamiento de un artículo de previo pronunciamiento en el acto del juicio oral. Se lee en tal sentencia:

«Pero respecto a la declinatoria de jurisdicción se ha considerado que su planteamiento después de abierto el juicio oral era extemporánea (ATS 29-6-2021, Rec. 20321/21) ya que las cuestiones de competencia tienen en el proceso penal ordinario su cauce adecuado de proposición con anterioridad a la celebración del juicio (ATS 865/2020, de 26-11), artículo 666.1 declinatoria de jurisdicción como artículo de previo pronunciamiento, sin que desestimada, pueda reproducirse en el juicio oral (art. 678 LECrim.)».

Particularmente relevante es la STS 711/2025, de 10 de septiembre, que en atención a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025 afirma lo siguiente:

«Hay que tener en cuenta que el marco de la resolución de cuestiones previas se significa procesalmente en el proceso penal como una

especie de audiencia preliminar, en donde se produce el planteamiento de aquellas cuestiones previas que las partes quieran exponer con carácter previo al inicio de la práctica de la prueba del juicio oral para que sean resueltas con anterioridad, como, por ejemplo, podría ser el debate sobre la prueba ilícita y que en la actualidad ha sido resuelto ya por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, donde en el artículo 785 LECrim. […] permite ya la celebración de esta audiencia preliminar en donde se va a resolver la prueba ilícita, y que ahora mismo ya permite […] que el planteamiento de la prueba ilícita, o cualquier cuestión previa suscitada en el escrito de defensa, se puede resolver en una audiencia preliminar señalada con antelación al propio señalamiento del juicio oral con carácter previo para la resolución de este tipo de cuestiones.

En realidad, es lo que se venía haciendo hasta la fecha y lo que se ha producido en el presente caso en cuanto a que el planteamiento de la cuestión previa y la fundamentación jurídica por las partes se produce al inicio del juicio oral y la resolución también por el tribunal antes de la práctica de la prueba, que es lo que pasó en este caso, y que ahora con la reforma antes citada ya se puede plantear en una audiencia preliminar donde se plantearán las cuestiones previas y serán resueltas, bien en la misma de forma oral, o en el plazo de 10 días posterior a la celebración de la audiencia preliminar como marca el artículo 785 LECRIM».

Lo anteriormente expuesto no limita la posibilidad de que, excepcionalmente, cuando con posterioridad a la celebración de la audiencia preliminar se tuviera conocimiento de alguna de las cuestiones que conforman su objeto –y se trate de cuestiones de orden público, como puede ser la cosa juzgada–, puedan efectuarse al inicio de las sesiones de juicio oral determinadas alegaciones para que el órgano judicial las valore.

Del mismo modo, queda expedita la posibilidad de que el órgano judicial pueda apreciar de oficio en sentencia ciertas alegaciones propias de la audiencia preliminar, por tratarse de cuestiones de orden público (por ejemplo, la prescripción) o de cuestiones que requieran la práctica de prueba.

Por último, cabe señalar que el artículo 785 LECrim. añade que la audiencia preliminar se celebrará «a los efectos de sustanciar las cuestiones que puedan resolverse en ausencia». En consecuencia, la única cuestión que no puede resolverse sin la presencia de la persona acusada y las partes personadas queda limitada al instituto de la conformidad, que no podrá llevarse a término en el supuesto de incomparecencia a la audiencia preliminar.

2.5 **Celebración y objeto**

El Ministerio Fiscal y las partes podrán exponer en la audiencia preliminar lo que estimen oportuno acerca de las siguientes cuestiones (art. 785.1 LECrim.):

- La posibilidad de conformidad de la persona o personas acusadas.
- La competencia del órgano judicial.
- La vulneración de algún derecho fundamental.
- La existencia de artículos de previo pronunciamiento.
- Las causas de suspensión del juicio oral.
- La nulidad de actuaciones.
- El contenido, finalidad o nulidad de las pruebas propuestas.

El párrafo segundo del artículo 785.1 LECrim. añade que «podrán igualmente proponer la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos. También podrán proponer la práctica de pruebas de las que las partes no hubieran tenido conocimiento en el momento de formular sus escritos de acusación o defensa».

En consecuencia, el objeto de la audiencia preliminar se reconduce, por un lado, a la posibilidad de que la persona acusada preste su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con el que se presentara en ese acto; y, por otro, al planteamiento de aquellas cuestiones que anteriormente eran objeto del trámite de cuestiones previas, así como a la posibilidad de efectuar una nueva proposición de prueba con determinadas limitaciones.

En relación con las cuestiones previas (derogado art. 786.2 LECrim.), la Circular de la FGE núm. 1/1989, de 8 de marzo, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, refiriéndose a lo que denominaba debate preliminar, señalaba que «tras la tradicional lectura de los escritos de acusación y defensa por el secretario […], el primer trámite podrá ser la celebración de un debate, que se abrirá por el juez o tribunal, a instancia de parte. Este tipo de debate preliminar, tomado de los sistemas procesales de países próximos a nuestra cultura jurídica, responde a los principios de concentración y oralidad y pretende acumular en este incidente previo una serie de cuestiones que en el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas, que dilataban el proceso. En él se discutirán cuestiones propias de los artículos de previo especial pronunciamiento, incluida la declinatoria de jurisdicción, ya por corresponder la competencia a un órgano de distinto grado, ya por no ser el procedimiento abreviado el que corresponde a la naturaleza del delito enjuiciado. También podrán invocarse nulidades de procedimiento por vulneración de

derechos fundamentales o procesales esenciales, alegarse alguna causa de suspensión del juicio oral o discutirse el contenido y finalidad de las pruebas propuestas y no admitidas o que la otra parte considere inadmisibles, así como proponer nuevas pruebas a practicar en el juicio».

Lo anterior resulta ahora trasladable a la nueva audiencia preliminar, con la salvedad de la proposición de prueba, que sufre una limitación que justifica su tratamiento individualizado. Para el resto de las cuestiones seguirán siendo de aplicación los criterios interpretativos ya consolidados.

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con la detallada regulación de la audiencia previa en el juicio ordinario civil –respecto de la que se aprecia cierta similitud formal y teleológica–, en la nueva audiencia preliminar del procedimiento abreviado no se configura un orden preestablecido para realizar alegaciones.

En buena lógica, salvo supuestos excepcionales de falta de competencia del órgano enjuiciamiento, parece deducirse que en un primer momento se invitará al Ministerio Fiscal y a las partes a que manifiesten si existe la posibilidad de alcanzar una conformidad, en cuyo caso se procederá conforme determinan los apartados cuarto a noveno del artículo 785 LECrim. Si manifestaran la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, se pasará a las alegaciones que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno realizar en relación con las restantes cuestiones objeto de la audiencia preliminar, así como para proponer o aportar nuevas pruebas que hubieran sido conocidas con posterioridad a la emisión de los escritos de acusación y defensa.

2.6 **Aportación documental y nueva proposición de prueba**

El párrafo segundo del artículo 785.1 LECrim. reconoce al Ministerio Fiscal y a las partes la posibilidad de proponer en la audiencia preliminar «la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos», así como la práctica de pruebas, aunque en este segundo caso con la limitación de que no hubieran tenido conocimiento de ellas al formular sus escritos de acusación y defensa.

Del tenor literal de la norma resulta una importante diferencia: así como la proposición de nueva prueba en la audiencia preliminar requiere que no hubiera sido conocida con carácter previo, se permite la aportación de informes, certificaciones y otros documentos sin restricción temporal alguna, aunque parece lógico que la parte proponente tenga que justificar su presentación en este momento procesal cuando la documental tenga cierta envergadura, ante el carácter tardío de esa aportación. En estos supuestos, con el fin de evitar la suspen-

sión de la audiencia preliminar y teniendo en cuenta que existirá un tiempo para su oportuno análisis hasta el inicio del juicio oral, los y las fiscales, con carácter general, no se opondrán a su admisión, utilizando para ello fórmulas del siguiente tipo: «sin perjuicio de la valoración que se efectúe de la misma, a tenor del resultado de la prueba que se practique en el acto del juicio oral». A excepción, obviamente, de aquellos supuestos en los que la documentación aportada resulte manifiestamente innecesaria o impertinente a efectos probatorios.

En aquellos supuestos en los que la prueba aportada de contrario sea de un cierto volumen o complejidad y que, por tanto, requiera de un análisis exhaustivo e, incluso, determine una rigurosa valoración sobre su impugnación o sobre la necesidad de proponer nueva prueba –documentación complementaria *ex artículo* 785.1. II LECrim–, los/las fiscales interesarán la suspensión de la audiencia preliminar a los efectos señalados.

Tanto respecto de la prueba propuesta en los escritos de acusación y defensa como de la que se proponga en la audiencia preliminar, el órgano de enjuiciamiento abrirá un turno de intervenciones para que el Ministerio Fiscal y las partes personadas se pronuncien sobre su contenido, finalidad, pertinencia o utilidad y, en su caso, sobre su eventual nulidad. En aras de salvaguardar el principio de contradicción que ha de regir la fase de juicio oral, las y los fiscales promoverán que se dé audiencia a la contraparte para que manifieste lo que estime oportuno sobre las pruebas propuestas de contrario.

A diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior en la que el órgano de enjuiciamiento debía decidir sobre la pertinencia y utilidad de la prueba sobre la base de los escritos de acusación y defensa, en la actualidad cuenta con la presencia de las partes en la audiencia en la que debe examinar la prueba propuesta y resolver sobre su admisión (art. 785.3 LECrim.). De esta forma, tanto el Ministerio Fiscal como las partes podrán ofrecer las explicaciones que el órgano judicial precise para resolver con mayor rigor sobre la admisión o denegación de las pruebas propuestas, lo que permitirá reforzar su función de depuración de la prueba que se practique ulteriormente en el plenario.

En las causas de especial complejidad o en aquellas en las que la prueba propuesta tenga un notable volumen, los y las fiscales harán constar en sus extractos una breve indicación sobre la finalidad, pertinencia y utilidad de la prueba propuesta, al objeto de que el/la fiscal que asista a la celebración de la audiencia preliminar pueda ofrecer al órgano de enjuiciamiento las explicaciones requeridas en orden a resolver sobre su admisión (*vid.* Instrucción de la FGE núm. 1/2005, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal).

Por otro lado, el objeto de la audiencia preliminar debe ponerse en relación con lo dispuesto en el actual artículo 787.3 LECrim. cuando señala que «al inicio de las sesiones del juicio, únicamente podrá solicitarse la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos. También podrá proponerse la práctica de pruebas de las que las partes no hubieran tenido conocimiento al momento de celebrar la comparecencia prevista en el artículo 785».

A esta previsión legal es a lo que ha quedado reducido el conocido como trámite de cuestiones previas al inicio del juicio oral. Se reproduce, por demás, la fórmula analizada, de modo que al inicio del plenario se permite una nueva aportación documental sin restricciones, así como la proposición de nueva prueba, entendiendo por esta la que no se hubiera conocido al momento de celebrarse la audiencia preliminar.

Si el material probatorio aportado al inicio de las sesiones del juicio oral tuviera una notoria envergadura o requiriese un análisis sosegado por revestir cierta complejidad, los y las fiscales podrán interesar la suspensión, con señalamiento de nueva fecha para su celebración, sin perjuicio de interesar que la parte proponente motive suficiente y justificadamente la aportación tardía de una documental de dichas características. Lo anterior debe entenderse, en todo caso, siempre que la nueva prueba propuesta no sea manifiestamente innecesaria o impertinente.

El derogado artículo 786.2 LECrim. reconocía a las partes la posibilidad de proponer nueva prueba al inicio de las sesiones del juicio oral, limitada a aquella que pudiera practicarse en el acto («que se propongan para practicarse en el acto»). Esta limitación no existe ahora para la proposición de nueva prueba en la audiencia preliminar ni al inicio de las sesiones del juicio oral.

No obstante, una interpretación lógica e integradora de la norma lleva a excluir la posibilidad de suspender el juicio oral como consecuencia de la proposición de una prueba que requiera llevar a cabo una labor investigativa impropia de un órgano de enjuiciamiento, quedando a salvo el supuesto de suspensión previsto en el artículo 746.6 LECrim. para el caso de que revelaciones o retractaciones inesperadas produjeran alteraciones sustanciales y, con ello, la necesidad de nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria.

En definitiva, las fases del iter procesal en las que resulta posible la proposición de prueba en el procedimiento abreviado se reconducen a los escritos de acusación y defensa (arts. 781 y 784 LECrim.), la audiencia preliminar (art. 785.1. II LECrim.) y el comienzo de las sesiones del juicio oral (art. 787.3 LECrim.), sin perjuicio de la posibilidad de proponer prueba en el escrito de formalización del recurso

contra la sentencia recaída en los supuestos contemplados en el artículo 790.3 LECrim. Por tanto, el carácter preclusivo que el legislador anuda a la audiencia preliminar se traduce en vedar al inicio del juicio oral la proposición de aquella prueba que se hubiera podido conocer en el momento de celebrarse la audiencia.

2.7 **Resolución judicial de las cuestiones planteadas y posibles recursos**

El artículo 785.3 LECrim. determina la forma en la que el órgano de enjuiciamiento debe resolver las cuestiones planteadas en la audiencia preliminar. Con carácter general, la resolución se adoptará en el acto y de forma oral, en consonancia con la concentración de trámites que inspira la celebración de esta audiencia.

El órgano judicial, tras oír las alegaciones de las partes y examinar las pruebas propuestas, se pronunciará sobre:

– La admisión de las pruebas que considere pertinentes y la denegación de las demás.
– La práctica, en su caso, de la prueba anticipada.
– Las restantes cuestiones formuladas por las partes que formen parte del objeto de la audiencia preliminar.

Cuando alguna de las cuestiones planteadas resultara especialmente compleja, el legislador ha previsto que la resolución del órgano de enjuiciamiento se efectúe por escrito en virtud de auto que deberá dictarse en el plazo de diez días. No obstante, aunque la ley no lo diga expresamente, si la cuestión planteada requiriese la práctica de prueba, su resolución quedará postergada al dictado de la sentencia.

La resolución judicial en la que se resuelvan las cuestiones formuladas por el Ministerio Fiscal o las partes no será susceptible de impugnación, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar protesta a fin de reproducir la cuestión, en su caso, en el recurso frente a la sentencia. Queda a salvo el supuesto en el que la resolución ponga fin al procedimiento (*v. gr.* cosa juzgada o prescripción), en cuyo caso podrá ser recurrida en apelación en el plazo y con las formalidades previstas en los artículos 790 y ss. LECrim.

Cabe plantearse cuál es la capacidad de reacción del Ministerio Fiscal o de la parte personada frente a la denegación judicial de una prueba propuesta. Pues bien, a diferencia de lo que permitía el párrafo segundo del derogado artículo 785.1 LECrim. («contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjui-

cio de que la parte a la que fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral»), la ley no prevé ahora un remedio equivalente, de modo que el mecanismo para rebatir esa decisión judicial será la formulación de protesta en la audiencia preliminar o al inicio de las sesiones del juicio oral (cuando la prueba se deniegue por auto en el plazo de diez días), a efectos del recurso que, en su caso, pueda formularse contra la sentencia.

Finalmente, el artículo 786.1 LECrim. prevé un contenido adicional de la audiencia preliminar, enfocado al señalamiento y organización del juicio oral desde una perspectiva eminentemente práctica. Dice así:

«Si no hubiera conformidad de las partes, una vez que el juez, la jueza o el tribunal hubiera resuelto de forma oral conforme al apartado 3 del artículo anterior, siempre que el señalamiento pueda hacerse en el mismo acto, se establecerá el día y la hora en que deban comenzar las sesiones del juicio oral, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las partes, sus letrados o letradas y el Ministerio Fiscal deberán manifestar la coincidencia con otros señalamientos u otros motivos que pudieran impedir la celebración de juicio en la fecha señalada.

En los demás casos se fijará el día y hora por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia conforme a los criterios generales y las concretas y específicas instrucciones a que se refiere dicho precepto de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

En el caso de que el juez, la jueza o el tribunal no hubiera resuelto oralmente, el señalamiento deberá ser efectuado por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia inmediatamente después de que sea dictado el auto a que se refiere el apartado 3 del artículo anterior».

A continuación, los apartados segundo y tercero del artículo 786 LECrim. reproducen, respectivamente, los criterios prioritarios a la hora de fijar el señalamiento de los juicios y la previsión de facilitar información a las víctimas no personadas, en idénticos términos a los que lo hacía el derogado artículo 785.2 y 3 LECrim.

Los principios de concentración de trámites y oralidad rigen prioritariamente la celebración de la audiencia preliminar, de modo que cuando el órgano de enjuiciamiento resuelva de forma oral sobre todas las cuestiones que constituyen su objeto, la audiencia finalizará con el señalamiento de fecha para el inicio de las sesiones del juicio. Todo ello sin perjuicio de que, como se ha dicho, podrá resolver por medio de auto en el plazo de diez días desde la celebración de la audiencia, en cuyo caso el señalamiento no podrá efectuarse sino hasta su dictado y de forma inmediata por el/la letrado/a de la Administración de Justicia.

Lo mismo cabrá entender en aquellos supuestos en los que, aun resolviéndose de forma oral sobre el objeto de la audiencia preliminar, no sea posible fijar en el acto la fecha de señalamiento del juicio.

2.8 **Documentación de la audiencia preliminar**

El artículo 785 LECrim. dispone que «la comparecencia se registrará en el modo previsto en el artículo 743», esto es, del mismo modo que «el desarrollo de las sesiones del juicio oral y resto de actuaciones orales», lo que supone el necesario registro de la audiencia preliminar en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen.

Ahora bien, el funcionamiento interno de la Fiscalía requiere que dicha audiencia preliminar se documente por el propio fiscal que asista al acto con la finalidad de recordar lo discutido y/o dirimido de cara al juicio oral o para facilitar la actuación del fiscal que asista al plenario cuando sea distinto al que participó en la audiencia preliminar.

A tenor de que en la audiencia preliminar se tratarán cuestiones que tienen incidencia directa en el acto de juicio oral, puesto que puede declararse la nulidad de determinadas pruebas, denegarse algunas de las propuestas o admitirse otras nuevas, deberá dejarse constancia documental de cualquier vicisitud que se estime de relevancia.

En tal sentido, en la carpetilla física o virtual los y las fiscales dejarán constancia de la fecha, hora y lugar en que se ha procedido a celebrar la audiencia preliminar, así como de las principales cuestiones planteadas y/o resueltas durante la misma y que resulten relevantes para el juicio oral, debiendo constar entre ellas los términos del ofrecimiento de acuerdo realizado para alcanzar una conformidad.

III. EL INSTITUTO DE LA CONFORMIDAD

3.1 **Momentos procesales para alcanzar una conformidad**

La regulación de la conformidad que prevé el artículo 785 LECrim. constituye el contenido nuclear de la nueva audiencia preliminar hasta el punto de que, a diferencia de las demás cuestiones, presenta una regulación detallada en su forma y requisitos, muchos de ellos coincidentes con la regulación prevista en el derogado artículo 787 LECrim.

La Instrucción de la FGE núm. 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española, ya señalaba

que «esa misma lógica de raíz acusatoria aconseja también favorecer aquellas salidas anticipadas del proceso que, sin menoscabo de ningún derecho, y dentro del estricto marco de legalidad que la Constitución impone, faciliten una resolución más rápida, menos traumática y, en suma, menos costosa en todos los sentidos del conflicto penal». Para continuar diciendo seguidamente que «desde el punto de vista de la eficiencia concretada en una Justicia más ágil, la conformidad cobra verdadero sentido en la medida en que no sólo sirva para evitar el innecesario enjuiciamiento del acusado que se confiesa culpable, sino el coste, en términos de trabajo y de tiempo para los diferentes sujetos implicados en el proceso, que puede suponer el cumplimentar todas las actuaciones conducentes a la celebración del juicio».

Estas ideas se compadecen con la aspiración que parece impulsar la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de potenciar la conformidad como instrumento idóneo para agilizar la Administración de Justicia en el marco del proceso penal.

Conviene, por tanto, efectuar una breve recapitulación de cuáles son los momentos o fases procesales en los que puede alcanzarse una conformidad en función, además, del procedimiento en cuestión, pues concurren características y requisitos comunes e importantes novedades para todos ellos.

En el ámbito del procedimiento ordinario, la conformidad puede alcanzarse en dos momentos procesales:

i) Al evacuar la defensa su escrito de conclusiones provisionales (art. 655 LECrim.).

ii) Al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 688.2 LECrim.).

En el procedimiento abreviado, son cuatro los momentos habilitados en la ley procesal para llegar a una conformidad:

i) En la fase de instrucción, cuando la persona investigada, asistida de su representación letrada, hubiere reconocido los hechos a presencia judicial (art. 779.1.5.ª LECrim.).

ii) En la fase intermedia, en dos posibles momentos:

– Al formular la defensa su escrito de calificación provisional (art. 784.3 LECrim.).

– Mediante nuevo escrito de acusación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y la persona acusada junto con su representación letrada en cualquier momento anterior al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 784.3. II LECrim.).

iii) En la fase de enjuiciamiento, en dos momentos diferenciados:

– En la audiencia preliminar (art. 785 LECrim.).
– Antes de iniciarse la práctica de la prueba en el juicio oral (art. 787 ter LECrim.).

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, el artículo 801 LECrim. regula la posibilidad de que las partes alcancen una conformidad ante el juzgado de guardia, con la particularidad de que en este caso se impondrá la pena solicitada reducida en un tercio (conformidad privilegiada o premial). No obstante, queda expedita la posibilidad de alcanzar una conformidad al inicio de las sesiones de juicio oral, aunque sin rebaja punitiva.

En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado también es posible alcanzar una conformidad, pues el artículo 50.1 LOTJ contempla la disolución del jurado cuando las partes interesen que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad o con el que presenten en el acto. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de plantear una conformidad bien en la audiencia preliminar (art. 31 LOTJ), una vez remitidas las actuaciones al/a la magistrado/a presidente/a para su enjuiciamiento, pero antes de haberse constituido el Tribunal del Jurado (art. 42 LOTJ), bien al inicio de las sesiones del juicio oral en fase de alegaciones previas (art. 45 LOTJ).

Seguidamente, se reseñan las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, en el régimen de la conformidad.

En primer lugar, la supresión del límite penológico de seis años de prisión para dictar sentencia de conformidad con la acusación formulada (o la más grave de las acusaciones, en el caso de que fueran varias) con base en el reconocimiento de hechos por parte de la persona acusada. A tales efectos, han sido objeto de modificación los artículos 655, 688, 701, 785 y 787 LECrim.

En este punto, cabe recordar que la conformidad no podrá generar modificaciones de la conclusión primera y, en consecuencia, de las concatenadas a ella, si no se ha producido algún hecho nuevo, posterior a la evacuación del escrito de conclusiones provisionales, que así lo permita. A tal efecto, las jefaturas de las fiscalías mantendrán los cauces de control y visado necesarios de las conformidades que ya se venían desarrollando hasta la fecha o, en caso contrario, deberán implementarlos.

Una segunda novedad ha consistido en la preceptiva audiencia a la víctima o perjudicado por parte del Ministerio Fiscal, cuando se cumplan determinados parámetros y con carácter previo a alcanzar una conformidad. Esta exigencia legal se incorpora en los artículos 655.2, 785.4. II y 787 ter.1. II LECrim. En atención a su trascendencia e importantes

implicaciones para el Ministerio Fiscal, esta cuestión es objeto de análisis en un apartado específico de la presente Circular.

En tercer lugar, se ha previsto (arts. 655.1. II, 785.7. III y 787 ter.4. III LECrim.) la necesidad de que la representación de la defensa facilite por escrito a su cliente información sobre el acuerdo alcanzado; si bien, obviamente, durante las negociaciones para alcanzar el acuerdo deberá informarle puntualmente de todo ello, con la finalidad de que preste su consentimiento libre y voluntario.

Por último, los artículos 655.6, 785.9 y 787 ter.6 LECrim. establecen novedades para las sentencias de conformidad. Así, además del contenido propio de la sentencia en cuanto a la documentación de la conformidad dictada oralmente, la declaración de firmeza y el pronunciamiento, en su caso, sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta o su sustitución, se añade ahora –como pronunciamiento que el órgano judicial deberá efectuar necesariamente– la decisión sobre el aplazamiento de las responsabilidades pecuniarias. Además, se anuda seguidamente la necesidad de proceder, en cuanto sea posible, a la realización de los requerimientos y liquidaciones de condena de las penas impuestas en la sentencia, todo lo cual parece hacer innecesaria la convocatoria de la audiencia prevista en el artículo 988 bis LECrim., en el caso de que ya hubiesen sido resueltas todas estas cuestiones.

3.2 **Conformidad en la audiencia preliminar**

La forma en la que debe verificarse la conformidad en el seno de la audiencia preliminar (apartados 4 a 8 del art. 785 LECrim.) no difiere de la prevista cuando se alcanza al inicio del juicio oral (art. 787 ter LECrim.) y supone una traslación de los requisitos que ya preveía el derogado artículo 787 LECrim. para que el órgano de enjuiciamiento pudiera dictar sentencia de conformidad en ese momento.

No obstante, debe atenderse a las novedades apuntadas en cuanto a la inexistencia de límite penológico, la previa audiencia a la víctima o perjudicado por parte del Ministerio Fiscal, el derecho de la persona acusada a recibir información por escrito de su representación letrada sobre los términos de la conformidad y el contenido adicional de la sentencia de conformidad.

El artículo 785.4 LECrim. dispone que «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».

Estos requisitos son los conocidos de control de la conformidad por parte del órgano de enjuiciamiento, al objeto de verificar que la calificación aceptada es correcta y la pena procedente según dicha calificación; la audiencia a la persona acusada para que manifieste si presta la conformidad libremente y con conocimiento de sus consecuencias; la forma de proceder para el caso de que el órgano jurisdiccional considere incorrecta la calificación formulada o entendiera que la pena solicitada no procede legalmente; los supuestos de continuación del juicio cuando el/la juzgador/a tenga dudas sobre si la persona acusada ha prestado libremente su conformidad o cuando su representación letrada lo estimara necesario y así lo entienda también el tribunal; la no vinculación para el órgano judicial de las conformidades sobre adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

Por otro lado, debe recordarse aquí que el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, afirma que la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se reduce a «cuestiones puntuales que permitan ordenar los procedimientos existentes para fomentar su agilización». Este es, pues, el fundamento último del legislador al introducir el trámite procesal de la audiencia preliminar, entre cuyos fines se encuentra precisamente poner fin al procedimiento mediante una solución consensuada.

Por consiguiente, a fin de contribuir a la eficiencia y agilidad del procedimiento penal a través de la nueva audiencia preliminar, las y los fiscales que asistan a la celebración del juicio oral en ningún caso rebajarán el ofrecimiento penológico efectuado en ese trámite previo por el Ministerio Fiscal, cuando las circunstancias alegadas al inicio del plenario hubieran podido invocarse por la defensa en la audiencia preliminar. A tal fin, las y los fiscales harán constar en la carpetilla física o virtual de Fiscalía los términos del ofrecimiento de acuerdo que, en su caso, hubieran realizado en la audiencia preliminar.

3.3 **Conformidades parciales**

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2025, la posibilidad de alcanzar conformidades parciales en la audiencia preliminar y al inicio del juicio oral en el procedimiento abreviado no aparece prevista, aunque tampoco expresamente prohibida (arts. 785 y 787 ter LECrim.).

Por el contrario, el último inciso del párrafo tercero del artículo 655.1 LECrim., al regular la conformidad en el procedimiento ordinario,

excluye la viabilidad de las conformidades parciales cuando dispone: «También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad».

El anteproyecto de la Ley Orgánica 1/2025 contemplaba la posibilidad de las conformidades parciales en el marco de la audiencia preliminar. Sin embargo, esa opción no se recogió en la redacción definitiva del artículo 785 LECrim., aunque tampoco aparezca una previsión como la del artículo 655 LECrim. que las excluya expresamente. Esta misma situación la encontramos en la regulación de la conformidad al inicio del juicio oral del procedimiento abreviado (art. 787 ter LECrim.). Por tanto, puede entenderse –sin forzar una interpretación de la norma– que tanto el artículo 785.5 LECrim. como el artículo 787 ter.2 LECrim. exigen que la conformidad lo sea de todas las personas acusadas, pues ambos preceptos señalan con idéntica redacción lo siguiente:

«Si, a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el juez, jueza o tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El juez, jueza o tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias».

Esa aceptación de los hechos «por todas las partes», que contiene ambos preceptos, en buena lógica implica a la totalidad de las personas acusadas frente a las que se sigue el procedimiento.

En este contexto, vistos los antecedentes expuestos, junto a la expresa exclusión de las conformidades parciales en el procedimiento ordinario, la conclusión más plausible será la de inadmitirlas también en el procedimiento abreviado, bien sea en la audiencia preliminar, bien al inicio del juicio oral, puesto que si el deseo del legislador hubiera sido incluirlas así lo hubiera hecho, tal y como inicialmente contemplaba el anteproyecto legislativo.

En consecuencia, las y los fiscales se abstendrán de alcanzar conformidades parciales tanto en sede del procedimiento ordinario como del procedimiento abreviado.

Por el contrario, existen dos supuestos en los que la ley no exige que la conformidad sea aceptada por todas las personas acusadas:

1.º) La conformidad de la persona jurídica acusada. La actual redacción de la LECrim. contempla una previsión idéntica para la conformidad de la persona jurídica en el ámbito del procedimiento ordinario (art. 655.8 LECrim.) y en el procedimiento abreviado, tanto

en la audiencia preliminar (art. 785.11 LECrim.) como al inicio del juicio oral (art. 787 ter.8 LECrim.):

«Cuando la persona acusada sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten las demás personas acusadas, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con estas».

2.º) Procedimientos en los que existan personas acusadas que hayan sido declaradas en rebeldía (art. 842 LECrim.). En tales casos, en la medida en que el curso de la causa se suspende respecto de los rebeldes mientras se continúa para los demás, nada impedirá que estos se conformen y que, llegado el momento de juzgar a las personas declaradas rebeldes, estas decidan o no hacerlo.

Por otra parte, en la práctica forense es frecuente que, admitida la conformidad por alguna de las personas acusadas y rechazada por otras, las que han alcanzado el acuerdo con las acusaciones reconozcan los hechos al declarar en el juicio oral y, consiguientemente, las acusaciones modifiquen sus conclusiones definitivas respecto de esos acusados en el sentido previamente acordado, celebrándose el juicio oral con plenitud de prueba respecto de las demás personas acusadas no interesadas en alcanzar el acuerdo.

Esta forma de proceder ha sido expresamente avalada por la jurisprudencia (entre otras, con detallado análisis, STS 793/2021, de 20 de octubre), al considerarse que no resulta afectado el derecho de defensa de los demás acusados ni minorada la virtualidad de su presunción de inocencia, así como tampoco puede entenderse que se haya producido una afectación del derecho a un juicio justo.

La STS 196/2025, de 4 de marzo, partiendo de los criterios fijados en la STS 280/2020, de 4 de junio (no se trata de una conformidad, sino de un modo de agilizar el procedimiento penal), ha mantenido la viabilidad de esta forma de proceder, pero estableciendo una serie de parámetros a tener en cuenta:

«1. No debe perjudicarse a un acusado con el riesgo de una condena por encima de los dos años de prisión por la circunstancia de que otro u otros no quieran conformarse.

2. En el caso de aceptar un acusado una pena al inicio del juicio por conformidad, y otro no aceptarla y celebrarse el juicio, en caso de condena, el no conformado no tiene derecho a que se le imponga la

misma pena que aceptó quien se conformó como tope máximo, sino que, aunque los hechos y sus circunstancias sean los mismos, el juez o tribunal podrá imponerle pena superior siempre que esté dentro de los márgenes legales.

3. En estos casos, de conformarse solo algunos acusados se celebrará el juicio contra éstos, declarando como acusado conformado quien aceptó el pacto con las acusaciones, sin que el juez pueda imponer mayor pena que la conformada y pudiendo las defensas interrogarles, aunque puedan negarse a contestar.»

En cualquier caso, debe descartarse la posibilidad de alcanzar una conformidad parcial en la audiencia preliminar cualquiera que fuera el contexto en el que pudiera plantearse, esto es, bien porque unos acusados quieran prestarla y otros no, bien porque unos hayan comparecido y otros no lo hubieran hecho, salvo que los que no hayan asistido hubiesen sido previamente declarados en rebeldía o se trate de una persona jurídica.

Asimismo, será posible alcanzar una conformidad respecto de los hechos imputados y las penas solicitadas y celebrar el juicio oral únicamente para dilucidar las eventuales responsabilidades civiles.

Todo lo anterior no impide alcanzar acuerdos parciales –que no conformidades–, los cuales determinan la necesaria celebración del acto de juicio oral, al tiempo que permiten una agilización de la fase de enjuiciamiento en los términos anteriormente señalados.

IV. LA AUDIENCIA A LA VÍCTIMA

4.1 **Consideraciones preliminares**

Como se ha expuesto *supra*, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, ha operado una importante modificación en el instituto de la conformidad que afecta al procedimiento ordinario (reforma del art. 655 LECrim.), al procedimiento abreviado (introducción del art. 787 ter LECrim.) y al procedimiento ante el Tribunal del Jurado (derogación tácita del art. 50 LOTJ).

Una de las novedades introducidas es la audiencia a la víctima por parte del Ministerio Fiscal. En concreto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en sus artículos 655.2 (procedimiento ordinario), 785.4 (audiencia preliminar del procedimiento abreviado) y 787 ter.1 (inicio del juicio oral en el procedimiento abreviado), lo siguiente:

«El Ministerio Fiscal oirá previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que hubiera sido posible y se estime necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando la gravedad o trascendencia del hecho o la cuantía sean especialmente significativos, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad».

Del idéntico tenor literal de estas tres normas se desprende la exigencia de que el Ministerio Fiscal proporcione audiencia a la víctima antes de que se alcance un pacto de conformidad, siempre que hubiera sido posible y en los términos que se analizarán a continuación.

La modificación del EOMF operada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, dio nueva redacción al apartado 10 del artículo 3 EOMF, atribuyendo al Ministerio Fiscal la función de velar por la protección procesal de las víctimas. A esta función legal se añadió, en virtud de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, la de velar por la protección de testigos y peritos.

Esta audiencia a la víctima, con carácter previo a una posible conformidad, ha sido previamente abordada por la doctrina de la Fiscalía General del Estado (Instrucciones de la FGE núm. 8/2005 y 2/2009), elevándose ahora a rango legal.

La normativización de esta audiencia supone, de facto, profundizar en los derechos de la víctima y en su propio estatuto aprobado en virtud de la Ley 4/2015, de 27 de abril (en adelante LEVD). Y es que uno de los objetivos perseguidos por el Estatuto de la víctima es evitar su victimización secundaria.

Con la expresión «victimización secundaria» o «reiterada» se alude al sufrimiento que las víctimas de delitos padecen como consecuencia de su sometimiento al proceso penal, pues deben enfrentarse a unos trámites desconocidos y, en ocasiones, a un trato alejado de sus necesidades. Es por ello que la normativa estatal e internacional en materia de protección de víctimas ha introducido previsiones que reconocen su derecho a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio por parte de todos los operadores que intervienen en el proceso penal.

Uno de los derechos que el Estatuto reconoce a las víctimas, precisamente para prevenir la victimización secundaria, es el de información desde el primer contacto con las autoridades competentes (art. 5 LEVD). Información que debe facilitarse de modo que sea efectivamente comprendida por la víctima, por lo que en las comunicaciones con ella deberá hacerse uso de un lenguaje sencillo y comprensible, adaptado a sus particulares circunstancias y necesidades.

Una de las causas de la victimización secundaria es el desconocimiento del funcionamiento del proceso penal. El no ser informada de las fases por las que atraviesa el procedimiento penal, el hito procesal en que se halla su asunto, el motivo de su retraso o simplemente la causa de finalización de un determinado modo, pueden provocar un grave estrés emocional. Sin duda, la falta de información respecto a la razón por la que el procedimiento concluye sin la previa celebración de un juicio, así como de los términos en los que las partes han acordado una conformidad que predeterminará el fallo de la sentencia y, por ende, las penas impuestas, puede suponer para la víctima un sentimiento de abandono y exclusión y, en consecuencia, un incremento del daño causado con la conducta delictiva.

Por ello, entre otras medidas, el legislador ha introducido esta audiencia a la víctima con la clara finalidad de que sea informada de los motivos de la finalización del procedimiento por conformidad de la persona acusada y de los términos de ese acuerdo.

4.2 **Concepto de víctima o perjudicado**

Una de las primeras cuestiones a abordar es la de quién es la persona a la que debe darse audiencia, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que ha de ser la víctima o perjudicado.

El concepto de víctima, a los efectos del catálogo de derechos que tiene reconocidos, viene delimitado por el artículo 2 LEVD, que lo atribuye a las siguientes personas:

«a) Como víctima directa, a 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.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º 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.

2.º 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.»

De la lectura del precepto se desprende que el concepto de víctima en la LEVD se circunscribe a las personas físicas, quedando excluidas las jurídicas, y que, junto a las víctimas directas titulares del bien jurídico lesionado por el delito, se reconoce como víctimas indirectas a los familiares de los fallecidos y desaparecidos a causa del ilícito.

El concepto de perjudicado también procede del mismo precepto, pues indica que «las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito». Debe entenderse, por tanto, que no tienen reconocido el estatuto de víctima quienes ostentan únicamente la condición de perjudicado, es decir, aquellos que sufren sus consecuencias sin haber padecido el delito sobre un bien jurídico de su titularidad y no tienen la condición de víctima indirecta.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que, a efectos de una conformidad, debe darse audiencia a la víctima o perjudicado, en determinados supuestos. A tenor de la finalidad pretendida con dicha audiencia, parece evidente que la audiencia debe realizarse con la víctima del ilícito penal, que en la mayoría de los casos será también la persona perjudicada.

Consecuentemente, la audiencia se efectuará a la persona perjudicada en aquellos supuestos en los que el delito no tenga una víctima, por entender que la necesidad de informar del devenir del procedimiento y del alcance y efectos de la conformidad no afectan de igual manera al perjudicado que a quien padece las consecuencias del ilícito en sus bienes jurídicos dignos de protección penal.

Por tanto, siendo preferente la audiencia a la víctima, las referencias de la presente Circular se referirán siempre a ella, debiendo entenderse que todo lo expuesto será aplicable a los perjudicados cuando su audiencia resulte necesaria para ponderar los efectos y el alcance de la conformidad.

4.3 **Procedimientos con audiencia a la víctima**

La modificación operada en el procedimiento penal, en lo que a la audiencia a la víctima se refiere, únicamente despliega sus efectos en los procedimientos abreviado y ordinario como consecuencia de la

modificación de los artículos 655, 785 y 787 ter LECrim. Ello supone dejar de lado el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, el procedimiento de aceptación por decreto y el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

No obstante, la Instrucción de la FGE núm. 2/2009 estableció la necesidad de dar audiencia a la víctima en determinados supuestos para ponderar los términos de la conformidad y no limitó su aplicación a procedimientos concretos.

A tenor de que por el cauce procedimental de diligencias urgentes suelen tramitarse delitos de violencia de género o doméstica, y que por el cauce del procedimiento ante el Tribunal del Jurado se tramitan los ataques al bien jurídico más importante tutelado por el Código Penal (derecho a la vida), carece de sentido que el Ministerio Fiscal obvie la audiencia a la víctima en tales procedimientos, aunque no exista un precepto que obligue a practicarla, pues las finalidades pretendidas con esa audiencia no se desdibujan por la modificación procedimental. En consecuencia, debe recordarse aquí la plena vigencia de la citada Instrucción de la FGE núm. 2/2009, de 22 de junio.

En definitiva, la audiencia a la víctima se practicará con independencia del tipo de procedimiento aplicable en atención a las reglas generales que se exponen en la presente Circular, con la salvedad del procedimiento por aceptación de decreto, habida cuenta de la tipología delictiva que puede ser objeto de tramitación por dicho cauce [artículo 803 bis a) LECrim].

4.4 **Carácter preceptivo o facultativo de la audiencia a la víctima**

4.4.1 Introducción

El tenor literal de las normas que regulan la audiencia a la víctima evidencia que resulta preceptiva en determinados supuestos y facultativa en otros.

Consecuentemente, deben analizarse aquellos supuestos en los que de manera vinculante el Ministerio Fiscal debe oír a la víctima y aquellos otros en los que ha de valorarse caso por caso la necesidad de darle audiencia por entender que tiene carácter facultativo.

4.4.2 Premisa inicial

El artículo 785.4 LECrim. establece que la audiencia a la víctima –previa a la conformidad– se llevará a cabo «siempre que hubiera sido posible», de tal modo que no tendrá lugar en aquellos supuestos donde no haya resultado posible.

En consecuencia, cuando la víctima no fuera localizada o, debidamente citada, no compareciera, la audiencia se entenderá de imposible práctica, debiendo los y las fiscales valorar, en función del delito y de las circunstancias concurrentes, si procede interesar la suspensión de la audiencia preliminar y efectuar una nueva citación de la víctima para garantizar su audiencia de manera efectiva.

Cuando la víctima se haya personado como acusación particular, la finalidad perseguida por el legislador se ve colmada con la participación en la audiencia de su representación letrada, más aún si se tiene en cuenta que una posible conformidad exige su anuencia. Sentado lo anterior, no existe óbice alguno para que las y los fiscales, atendiendo y ponderando las circunstancias concretas del caso, procedan a dar audiencia a la víctima si así lo consideran necesario.

4.4.3 Carácter preceptivo de la audiencia a la víctima: gravedad o trascendencia del hecho o intensidad o cuantía especialmente significativos

La audiencia a la víctima resultará obligatoria para «ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad» cuando «la gravedad o trascendencia del hecho o la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos».

La exposición de motivos de la LO 1/2025 contiene una escueta y parca referencia a esta audiencia, limitándose a transcribir el párrafo objeto de análisis.

Antecedente de la audiencia a la víctima puede encontrarse en la Instrucción de la FGE núm. 2/2009. Resulta útil recordar lo señalado en ella para una oportuna interpretación del párrafo segundo del artículo 785.4 LECrim. y de los artículos 655 y 787 ter LECrim:

«De cara a la negociación de la conformidad el Fiscal procurará oír previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que sea posible y lo juzgue necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego.»

En consecuencia, el legislador ha elevado a rango legal la previsión de la citada Instrucción de la FGE, aunque se haya transcrito parcialmente su contenido, pues se ha eliminado la referencia a la especial significancia de «los intereses en juego», manteniéndose acotada a los

términos de gravedad o trascendencia del hecho, intensidad y cuantía, es decir, exigiendo un plus en cada uno de ellos.

A) Gravedad especialmente significativa

Para concretar el concepto de gravedad del hecho debe atenderse al significado ofrecido por el Código Penal, es decir, acudir al concepto de delito grave como el sancionado con pena grave (arts. 13 y 33 CP).

Partiendo del concepto de gravedad del delito, se considerará que gravedad especialmente significativa será aquella que exceda significativamente de la que se atribuye a hechos para los que el Código Penal impone una pena de prisión que determina como grave la calificación del delito.

B) Trascendencia especialmente significativa

La RAE define «trascendencia» como «resultado, consecuencia de índole grave o muy importante». Por consiguiente, la trascendencia especialmente significativa comprenderá aquellos supuestos en los que, por las circunstancias del hecho y las consecuencias que el delito hubiera provocado en la víctima, se generen secuelas o daños morales más allá de los propios de padecer ese concreto ilícito penal.

Sin ánimo de exhaustividad y a título ejemplificativo, la trascendencia de especial significación se predicará de los delitos de homicidio y sus formas (Título I del Libro II CP); delitos de aborto (arts. 144 y 146 CP); delitos contra la integridad física (arts. 148, 149, 150, 152. 1.2.º, 152.1.3.º, 152 bis, 153, 156 bis, 156 ter, 157, 158 y 161 CP); delitos contra la libertad (arts. 163, 164, 165, 166, 167, 169, 171.4 y 5, 172.2, 172 bis, 172 ter, 172 quater CP); delitos contra la integridad moral (arts. 173.1 y 2, 174, 175 y 176 CP); delitos de trata de seres humanos (Título VII bis); delitos contra la libertad sexual (arts. 178 a 184, 187 a 189 CP); delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311.5.º y 314 CP); delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 510, 511 y 512 CP); delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (arts. 530, 531, 534.1, 535 y 536 CP); delitos de terrorismo (arts. 573.1, 577 y 578 CP) y delitos contra la Comunidad Internacional (arts. 605, 606, 607, 607 bis, 609, 611, 612, 615 bis y 616 ter CP).

C) Intensidad especialmente significativa

La intensidad especialmente significativa hace referencia al impacto que el hecho delictivo ha tenido sobre la víctima, su repercusión, sin que ello implique necesariamente la existencia de secuelas en sentido estricto. Piénsese, por ejemplo, en supuestos como robos en casa habitada ejecutados con los moradores en su interior; robos con inusitada intimidación o violencia o delitos patrimoniales que hayan colocado a la víctima en una situación de especial precariedad económica, aunque no puedan considerarse de cuantía especialmente significativa.

D) Cuantía especialmente significativa

La cuantía especialmente significativa viene referida a la repercusión económica que el delito ocasiona en la víctima. Esta especial significación se objetiva en la suma de 50.000 euros, coincidiendo con la cantidad fijada para calificar como agravada la estafa (art. 250.1.5.º CP) o la malversación [art. 432.2 b)].

4.4.4 Carácter preceptivo de la audiencia a la víctima: situación de especial vulnerabilidad

Partiendo de que sea posible y factible la citación y audiencia a la víctima, deviene necesario oírla «en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad».

El Código Penal utiliza el concepto de «especial vulnerabilidad» en diversos preceptos (arts. 57, 140, 172 ter, 173, 180, 181, 184, 188 y 189), por lo que los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse acerca de su interpretación. Las SSTS 180/2021, de 2 de marzo, y 727/2018, de 30 de enero de 2019, disponen al respecto lo siguiente:

«Vulnerabilidad de la víctima que puede provenir de las distintas circunstancias que describe la ley penal, que abarcan cualquier situación imaginable, al especificarse como la edad, que es la primera fase en el desarrollo vital que produce por sí misma especial vulnerabilidad, junto a otras circunstancias que, por razón de disminuir los resortes físicos o psíquicos de resistencia, ocasionan precisamente tal vulnerabilidad, como es la enfermedad o la discapacidad, en realidad una modalidad de enfermedad, pero con contornos propios, dada su permanencia, o cualquier "situación", que cierra el círculo de las posibilidades imaginables de especial vulnerabilidad.»

El vocablo «situación de vulnerabilidad» debe entenderse como el «conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción» o generar un plus de antijuridicidad (*vid.* SSTS 180/2021, de 2 de marzo; 576/2019, de 26 de noviembre; 1397/2009, de 29 de diciembre; 727/2024, de 8 de julio; 676/2025, de 11 de julio, y ATS de 12 de junio de 2025).

Las SSTS 268/2021, de 24 de marzo; 203/2013, de 7 de marzo; 709/2005, de 7 de junio, y particularmente la STS 131/2007, de 16 de febrero, indican lo siguiente que resulta de interés:

«El concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor».

Especialmente relevante resulta la STS 530/2024, de 5 de junio, pues, profundizando en el concepto de especial vulnerabilidad, pone el énfasis en que no es equiparable a la alevosía o al abuso de superioridad, ni incompatible con ambos (como ya se había fijado en la STS 367/2019, de 18 de julio, y en la STS 670/2025, de 10 de julio, cuando afirma que «siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso»), sino que señala:

«En efecto, la especial vulnerabilidad no es un atributo personal relativo a la madurez o situación personal de inferioridad relativa respecto de la víctima (pues eso integraría, sin más, acaso, la concurrencia de una circunstancia genérica de abuso de superioridad) […] sino que es una condición personal en sí misma considerada: se ha de tratar de una persona desvalida (por su avanzada edad, por enfermedad o por discapacidad) que, por tal razón, ha de merecer una especial protección penal, justificándose así la exacerbación punitiva que supone la prisión permanente revisable, por la "mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima por cualquiera de esas circunstancias" (STS 268/2021, de 24 marzo). […]

No se trata del diseño de una nueva alevosía o abuso de superioridad, de ahí su compatibilidad con esas circunstancias, así lo proclamó el Pleno de esta Sala en STS 585/2022, de 14 de junio, saliendo al paso de algunos precedentes que cuestionaban este extremo. Tampoco se hace referencia a la antijuricidad que entraña aprovecharse

de una realidad que restringe la libertad decisoria del sujeto pasivo. Se trata de compensar con la agravación penológica la fragilidad subjetiva de quienes, a razón de su edad, de su enfermedad o de su discapacidad demandan mayores niveles de protección […] diversas fórmulas de agravación para la parte especial del Código Penal fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales, expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales –vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal– siendo los niños, ancianos y demás personas vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, ese tipo de víctimas que justifican esa punición especialmente grave acordada por el legislador».

En consecuencia, la audiencia a la víctima será preceptiva cuando por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, o por las circunstancias en que se halle o sea colocada por el autor del ilícito penal, se encuentre expuesta a un riesgo especialmente elevado de sufrir daños en sus bienes jurídicos ante el ataque perpetrado por aquel. Por consiguiente, la celebración de la audiencia no dependerá de que la víctima haya padecido un ilícito penal que contemple como modalidad agravada la situación de especial vulnerabilidad, sino de que se encuentre en esa situación de especial vulnerabilidad al sufrir la conducta delictiva.

En el caso de menores de catorce años, la audiencia deberá realizarse a las víctimas indirectas y/o representantes legales de los menores, a tenor de su corta edad y de los riesgos de victimización secundaria, salvo existencia de conflicto de intereses.

Cuando se trate de personas con discapacidad, la audiencia se realizará en las condiciones de accesibilidad y con los ajustes y adaptaciones de procedimiento que sean necesarios (art. 7 bis 1 y 2 LEC y art. 4 EVD). Todo ello al margen de lo dispuesto en el artículo 21.c) LEVD en cuanto a la posibilidad de que la víctima acuda acompañada de persona de su elección.

4.4.5 Carácter facultativo de la audiencia a la víctima

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, ha dispuesto que debe darse audiencia a la víctima en aquellos casos en los que, siendo posible, «se estime necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad».

A la vista de este tenor literal y del propio fundamento de esta comparecencia, parece lógico considerar que en determinados supuestos no será necesario llevar a término la audiencia. La norma establece

que con ella se busca «ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad». Por consiguiente, deviene facultativo oír a la víctima cuando tales efectos y alcance sean completamente ajenos a la misma o puedan conocerse sin necesidad de practicar esta audiencia.

4.5 **Efectos de las manifestaciones vertidas por la víctima**

La audiencia a la víctima se prevé como requisito previo para conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en los delitos semipúblicos (art. 80.6 CP), así como para valorar el fraccionamiento de la responsabilidad civil (art. 125 CP). En ambos casos, el Código Penal no determina las consecuencias de las manifestaciones de la víctima, aunque las audiencias provinciales han venido considerando que tales manifestaciones en modo alguno ostentan carácter vinculante para el tribunal [*v. gr.* AAP Castellón (Sección 1.ª) 862/2022, de 7 de diciembre; AAP Barcelona (Sección 22.ª) 999/2022, de 29 de noviembre].

Trasladado al caso que nos ocupa, debe adelantarse que la mera manifestación de la víctima carecerá de carácter vinculante para el Ministerio Fiscal, pues el acuerdo para lograr una conformidad y sus concretos términos no pueden depender de la sola voluntad de aquella, y es que la actuación del Ministerio Fiscal debe regirse en todo caso por los principios de legalidad e imparcialidad, sin perjuicio de que las y los fiscales valorarán las observaciones que la víctima formule al objeto de tomar una decisión sobre la procedencia y, en su caso, concreción del acuerdo.

Descartado, por tanto, el carácter vinculante de las manifestaciones de la víctima para la decisión que adopte el Ministerio Fiscal, la audiencia cumple una función informadora del procedimiento acorde a las previsiones del artículo 5 LEVD y a una progresiva evolución normativa tendente a garantizar una participación real y efectiva de las víctimas en el proceso penal, evitando que queden relegadas frente a una conformidad pactada sin su conocimiento y con el consiguiente sentimiento de indefensión y abandono.

Cuestiones tales como la intranquilidad que le haya podido generar la comisión del ilícito penal; las consecuencias económicas derivadas del mismo respecto de las que la víctima podrá efectuar las precisiones que estime necesarias; el temor o miedo que le haya provocado y la necesidad de garantizar su protección o haber sido víctima de hechos posteriores cometidos por la misma persona acusada son datos que deberán ser valorados por el Ministerio Fiscal para tomar una decisión sobre la conformidad en el caso concreto.

4.6 **Citación a la víctima**

Como se ha señalado, el apartado primero del artículo 785 LECrim. impone la necesidad de convocar al Ministerio Fiscal y a las partes a la audiencia preliminar, advirtiendo el apartado segundo que la incomparecencia injustificada de la persona acusada y del resto de partes que hayan sido debidamente citadas no supondrá la suspensión de la audiencia preliminar. De ello se desprende la necesidad de que las personas acusadas sean convenientemente citadas, pues será indispensable para valorar una de las cuestiones que constituyen el objeto de la audiencia: la posibilidad de alcanzar una conformidad.

De idéntica manera, en tanto en cuanto el apartado cuarto del artículo 785 LECrim. impone la condición de que el Ministerio Fiscal oiga a la víctima o perjudicado en determinados supuestos para valorar los efectos y el alcance de la conformidad, debe entenderse que este apartado –al igual que el segundo– también prevé la necesidad de que el juzgado o tribunal de enjuiciamiento proceda a su citación a la audiencia preliminar.

En consecuencia, aunque el apartado primero del artículo 785 LECrim. solo contemple la citación del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, del mismo modo que el órgano judicial debe citar a la persona acusada, también habrá de ser citada la víctima y/o perjudicado cuando así corresponda, pues sin su asistencia no será posible lograr una conformidad en la audiencia preliminar.

Idéntico razonamiento debemos realizar respecto al procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Aunque el artículo 31 LOTJ no prevé la citación de la persona acusada a la audiencia preliminar, siendo habitualmente utilizada esta audiencia para alcanzar una conformidad, solamente será posible con su citación. Pues bien, de la misma manera, aunque el precepto no contemple la citación de la víctima, considerando el Ministerio Fiscal necesario que sea oída al objeto de alcanzar una conformidad, también habrá de ser citada.

El artículo 3.1 LEVD establece que «toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y, en su caso, de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso».

Entre los derechos básicos de la víctima, y, en particular, a recibir información sobre la causa penal, el artículo 7.1 LEVD comienza señalando que «toda víctima será informada de manera inmediata de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor».

Mientras que la Ley Orgánica 1/2025 ha reformado la LECrim. para, entre otros aspectos, desdoblar la fase de juicio oral en dos actos o trámites procesales diferenciados (la audiencia preliminar y el plenario o juicio oral propiamente dicho), no ha modificado, en cambio, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Una interpretación integradora de ambas normas y respetuosa con el espíritu del Estatuto de la víctima determina su necesaria citación tanto para la audiencia preliminar como para el juicio oral. Más aún, teniendo en cuenta el derecho que le asiste de aportar «las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos» [artículo 11 b) LEVD], aportaciones que pueden resultar relevantes tanto en la audiencia preliminar como en el acto del juicio oral.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, en caso de conformidad, la presencia de la víctima en la audiencia preliminar permitirá al órgano judicial poner fin al procedimiento de modo más ágil, ya que podrá notificarle la sentencia [art.7.1.b) LEVD] y darle audiencia al objeto de una eventual suspensión condicional de la pena privativa de libertad (art. 80.6 CP) e, incluso, del fraccionamiento de las posibles responsabilidades pecuniarias (art. 125 CP). Y es que el artículo 785.9 LECrim. señala que dictada oralmente la sentencia de conformidad y expresada su decisión de no recurrir por el Ministerio Fiscal y las partes, el órgano de enjuiciamiento declarará oralmente la firmeza de la sentencia «y 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».

A mayor abundamiento, el artículo 109 in fine LECrim. dispone que «en cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el letrado o letrada de la Administración de Justicia asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad». Pues bien, la seguridad de la víctima puede verse influida por el resultado de la audiencia preliminar, no solo porque la conformidad pueda conllevar una disminución de la pena de prohibición de aproximación, por ejemplo, sino también por la posible apreciación de la vulneración de un derecho fundamental, artículos de previo pronunciamiento o

nulidad de actuaciones que supongan la finalización del procedimiento y con ello el levantamiento de medidas cautelares adoptadas para proteger a la víctima.

Igualmente, no puede obviarse que la audiencia a la víctima constituye un acto procesal imperativo en el seno de un procedimiento judicial, como tampoco la mayor facilidad de la oficina judicial para efectuar la citación de la víctima, ya que dispone del procedimiento judicial completo y, por tanto, puede conocer directamente cualquier vicisitud sobre el cambio de domicilio de aquella.

En consecuencia, cuando así proceda, los y las fiscales interesarán al órgano de enjuiciamiento la citación de la víctima a la audiencia preliminar, previa valoración de la necesidad o conveniencia de oírla al objeto de suscribir una posible conformidad.

La solicitud se incluirá en el escrito de acusación por medio de otrosí en el que se indicará que la audiencia a la víctima por el Ministerio Fiscal será preceptiva para alcanzar una conformidad.

Cuando sea preciso, en el mismo otrosí se instará la adopción de las adaptaciones y ajustes procesales que sean necesarios a fin de garantizar que la víctima comprende y es comprendida sobre el objeto de la comparecencia, incluyendo el acompañamiento de persona de su elección.

No será preciso justificar en el escrito de acusación la necesidad de realizar la audiencia a la víctima, pues es al Ministerio Fiscal a quien compete valorar su procedencia.

Como fórmula tipo del otrosí en el que se interese la citación de la víctima se utilizará la siguiente u otra similar:

«Otrosí dice: Al amparo del artículo 785.1 y 4 LECrim., el Ministerio Fiscal interesa del órgano de enjuiciamiento que proceda a la citación a la audiencia preliminar de la víctima don/doña _____, cuyo domicilio obra al folio __ de las actuaciones, por estimar necesaria su comparecencia como condición previa para alcanzar una posible conformidad.»

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 785.4 LECrim. dispone que «el Ministerio Fiscal oirá previamente a la víctima o perjudicado […] siempre que hubiera sido posible y se estime necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad». Esta referencia expresa a «tal conformidad» no puede interpretarse de otro modo que ciñéndose a la conformidad previamente propuesta o en vías de negociación, pues solo ante un concreto ofrecimiento podrá la víctima realizar sus propias manifestaciones, que

serán las que las/los fiscales deberán valorar al objeto de ponderar los efectos y el alcance de la conformidad.

En consecuencia, las y los fiscales practicarán la audiencia a la víctima una vez que la persona acusada, asistida de su representación letrada, manifieste su voluntad de alcanzar una conformidad y se concreten los términos de la misma.

Por lo que respecta al ámbito del Tribunal del Jurado, en tanto que en este procedimiento también se hace uso de la audiencia preliminar del artículo 31 LOTJ para lograr una conformidad, se procederá de idéntica manera, pero dirigiendo el otrosí al órgano instructor, pues será quien materializará dicho trámite procesal.

Cuando se trate de diligencias urgentes del procedimiento para el enjuiciamiento rápido la víctima se hallará, por lo general, en las dependencias del juzgado de guardia. En estos casos, de ser viable una conformidad, el Ministerio Fiscal oirá a la víctima antes de celebrar la comparecencia prevista en los artículos 798 y 800 LECrim., pudiendo realizarse de forma telemática en aquellos supuestos en los que el/la fiscal se encuentre en una sede distinta.

Cabe recordar la vigencia del protocolo de conformidades diseñado en la Instrucción de la FGE núm. 2/2009. En consecuencia, cuando la conformidad se alcance a través de este protocolo, es decir, mediante escrito remitido por parte de la representación letrada de la persona acusada a la fiscalía competente, será esa Fiscalía la que se encargue de citar a la víctima a fin de darle audiencia.

Cuando la posibilidad de alcanzar una conformidad se plantee el día señalado para la celebración del acto de juicio oral, de manera que la misma pueda producirse al inicio de la sesión (arts. 688.2 y 787 ter 1 LECrim.), el/la fiscal, aprovechando la presencia de la víctima en sede judicial, le dará audiencia de manera presencial. Lo mismo sucederá en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

4.7 **Lugar y forma de practicar la audiencia a la víctima**

En aras de minimizar la victimización secundaria, la audiencia a la víctima deberá efectuarse en un lugar reservado, garantizándose así que cuente con la tranquilidad necesaria a fin de que pueda expresar su opinión libremente. Por consiguiente, los y las fiscales velarán por que se preserve la intimidad de la víctima, evitando la presencia e intervención de terceras personas y, muy especialmente, que coincida con la persona acusada o su representación letrada (art. 20 LEVD).

Cuando la víctima se halle en lugar distinto a aquel en el que deba efectuarse la audiencia, nada obsta a que la misma se desarrolle

por medios telemáticos con la finalidad de irrogarle los mínimos prejuicios posibles, utilizando a tal fin los instrumentos de cooperación internacional correspondientes cuando la víctima resida fuera de España.

En la audiencia se respetará el derecho de la víctima a acudir acompañada de una persona de su elección [artículo 21 c) LEVD] que le proporcione la tranquilidad necesaria y, de ser preciso, se recabará el apoyo de un intérprete.

En definitiva, la audiencia será reservada, por lo que únicamente estarán presentes el Ministerio Fiscal, la víctima y, en su caso, la persona que le acompañe y/o asista.

4.8 **Documentación de la audiencia a la víctima**

En aquellos casos en los que la audiencia a la víctima tenga lugar, las y los fiscales dejarán constancia de la misma en la carpetilla física o virtual.

En la nota que se confeccione se indicará la fecha, hora y lugar en que se ha procedido a dar audiencia a la víctima. Se consignarán de manera sucinta sus manifestaciones en relación con la propuesta de conformidad y, en su caso, los motivos que lleven al fiscal actuante a acordar esa conformidad aun con la negativa de aquella.

Ello permitirá que por el correspondiente superior jerárquico pueda comprobarse que la audiencia se ha cumplimentado y evitará que, de alcanzarse la conformidad en un momento posterior y por un fiscal distinto, la víctima sea nuevamente oída con su consiguiente revictimización.

Al indicar los términos de la conformidad al órgano judicial, el/la fiscal hará constar que se produce «previa audiencia a la víctima por el Ministerio Fiscal».

4.9 **Contenido de la audiencia a la víctima**

Como se ha señalado *supra*, este trámite procesal presenta dos finalidades: informar a la víctima y conocer su parecer sobre determinados aspectos de la conformidad que puedan afectarle, al objeto de concretar los términos de la misma.

En consecuencia, el contenido de la audiencia se limitará a informar a la víctima del estado en que se encuentra el procedimiento, de la posibilidad de alcanzar una conformidad con la persona acusada y sus términos, así como de las consecuencias jurídicas que comporta y de

los motivos por los que, en su caso, se estima adecuada. En todo caso, se le informará de que su opinión o parecer sobre la conformidad carece de carácter vinculante.

A mayor abundamiento, la víctima será oída no solo sobre su posición acerca de los concretos términos de la conformidad y los efectos que la misma pueda tener sobre su persona o patrimonio, sino también sobre cualquier otro aspecto que quiera poner en conocimiento y pueda ser relevante a efectos de la conformidad.

Comparecida la víctima a instancia del Ministerio Fiscal, en caso de que la defensa de la persona acusada no plantee la posibilidad de alcanzar una conformidad, se informará igualmente a aquella sobre el motivo de su citación a la audiencia preliminar y el estado en que se encuentra el procedimiento.

V. POSIBILIDAD DE CELEBRAR LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN OTROS PROCEDIMIENTOS

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, ha configurado la celebración de la audiencia preliminar como un trámite exclusivo del procedimiento abreviado, con un contenido y finalidad consustanciales a los principios de concentración y oralidad que se predican del mismo.

El legislador, en el marco de una reforma legal auspiciada por el objetivo de agilizar la tramitación de los procedimientos, no ha previsto la regulación de la audiencia preliminar para otros cauces procedimentales distintos al abreviado. Ello parece razón suficiente para afirmar que no existe la posibilidad de extender esta audiencia a otro tipo de procedimientos.

El legislador ha excluido de forma expresa la aplicación de la audiencia preliminar al procedimiento para el enjuiciamiento rápido al modificar la redacción del artículo 802.1 LECrim., que ahora dispone que «el juicio oral se desarrollará en los términos previstos para el enjuiciamiento del procedimiento abreviado, salvo en lo que se refiere a la audiencia preliminar previa del artículo 785». Por consiguiente, cualquier alegación propia de la audiencia preliminar podrá realizarse al comienzo de las sesiones de juicio oral por ser el momento procesal adecuado para ello (art. 795.4 LECrim.). Ahora bien, en cuanto a la proposición de nueva prueba al comienzo del juicio, cabrá la posibilidad de presentar informes, certificaciones y otros documentos sin límite alguno, pero no aquellas pruebas que las partes conocieran al evacuar los escritos de conclusiones provisionales (art. 785 LECrim.).

En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado resulta ocioso proponer cualquier tipo de aplicación supletoria a la vista de sus propias especialidades, pues ya cuenta con los trámites previstos en los artículos 36 y 37 LOTJ al objeto de plantear cuestiones previas y determinar la procedencia de la prueba.

En el ámbito del procedimiento ordinario, la respuesta al planteamiento de celebrar la audiencia preliminar debe ser negativa.

En primer término, la LO 1/2025 ha descartado configurar la audiencia preliminar como un trámite propio del procedimiento ordinario, pese a que esta reforma ha supuesto una importante repercusión también para esta modalidad procedimental.

A lo anterior se añade el hecho de que la regulación de los artículos de previo pronunciamiento se mantiene inalterada (arts. 666 a 679 LECrim.), siendo el trámite oportuno para formular algunas de las cuestiones que son objeto de la audiencia preliminar.

Ahora bien, el hecho de que se haya admitido la posibilidad de incorporar el trámite de cuestiones previas al procedimiento ordinario (por todas STS 802/2022, de 6 de octubre) y que la nueva audiencia preliminar en el procedimiento abreviado haya venido a sustituir ese trámite, no permite afirmar que quepa admitir la celebración de esta audiencia también en el procedimiento ordinario. Y ello por cuanto esa posibilidad interpretativa confronta con un hecho pertinaz: el legislador, al regular por vez primera la audiencia preliminar, no ha previsto su celebración en el marco del procedimiento ordinario.

Todo lo anterior no impide que puedan seguir celebrándose vistas, sin citación de testigos ni peritos al objeto de alcanzar una conformidad previa al inicio del juicio oral. Pero en ningún caso estas vistas constituirán propiamente audiencias preliminares ni podrá dirimirse en ellas el contenido que la LECrim. prevé para estas, como tampoco podrá anudarse a esas vistas los efectos preclusivos probatorios que establece el artículo 785 LECrim.

VI. DERECHO TRANSITORIO

En este punto conviene recordar lo expuesto en la Nota Interna 1/2025 de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, de 28 de marzo de 2025, relativa a la entrada en vigor y derecho transitorio de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Como ya se advertía entonces, el primer inciso de la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, dispone que las

modificaciones introducidas en la LECrim. resultan vedadas a los procedimientos penales que se hallen en tramitación en el momento de la entrada en vigor de la Ley (más allá de lo relativo a la ampliación del contenido de la sentencia de conformidad en el ámbito del procedimiento abreviado).

Las modificaciones legales únicamente serán aplicables a los procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, debiendo entenderse por «procedimiento penal iniciado» el incoado a partir del día 3 de abril de 2025, con independencia de que se produzca una modificación del cauce procedimental inicialmente incoado antes de la entrada en vigor de la norma.

VII. CONCLUSIONES

1.ª **Consideraciones previas**

La Ley Orgánica 1/2025 introduce, una vez superada la fase intermedia del procedimiento abreviado, la preceptiva celebración de una audiencia preliminar con la finalidad de preparar el juicio oral, decidir sobre la admisión de pruebas, depurar posibles defectos procesales y solventar aquellas cuestiones que impidieran su celebración o que pudieran determinar su suspensión; además, constituye un momento procesal en el que las partes pueden instar la finalización anticipada del proceso con el dictado de una sentencia de conformidad.

2.ª **Regulación de la audiencia preliminar**

La audiencia preliminar se encuentra regulada en los artículos 785 y 786.1 y ha supuesto la reorganización de todo el capítulo V del título II del libro IV LECrim. (arts. 785 a 789), cuya rúbrica también se ha modificado: «De la audiencia preliminar, del juicio oral y de la sentencia».

Además, esa reorganización ha generado disfunciones en los reenvíos que otros preceptos de la LECrim. efectuaban a los anteriores artículos 785 a 787, lo que obligará a realizar las necesarias integraciones normativas.

3.ª **Convocatoria**

La celebración de la audiencia preliminar deviene preceptiva para el órgano de enjuiciamiento, de manera que, una vez que las actuacio-

nes se encuentren a su disposición, este será el primer trámite procesal a realizar, procediendo a su convocatoria en el plazo más breve posible.

4.ª **Intervinientes. Consecuencias de la incomparecencia**

A la audiencia preliminar deberán ser citados, además del Ministerio Fiscal, las partes personadas y la persona acusada.

También se citará a las víctimas o perjudicados. Cuando se hallen personados en la causa como acusación particular así lo exige el artículo 785.1 LECrim. En caso contrario, su audiencia será preceptiva para alcanzar una conformidad.

La incomparecencia de alguna de las partes a la audiencia preliminar, salvo la incomparecencia de la defensa, no implicará su suspensión con carácter general, aunque no podrá celebrarse en relación con aquellos aspectos que requieran su presencia, como alcanzar una conformidad.

Consecuencia de esa falta de asistencia será la imposibilidad de alegación de las cuestiones que son objeto de la audiencia preliminar. Por ello, al inicio de las sesiones del juicio oral no será posible efectuar alegaciones sobre competencia del órgano judicial, vulneración de derechos fundamentales, artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral o nulidad de actuaciones.

Excepcionalmente, cuando con posterioridad a la celebración de la audiencia preliminar se tuviera conocimiento de alguna de las cuestiones que conforman su objeto –y se trate de cuestiones de orden público, como puede ser la cosa juzgada–, podrán efectuarse al inicio de las sesiones de juicio oral determinadas alegaciones para que el órgano judicial pueda valorarlas.

Queda expedita la posibilidad de que el órgano judicial pueda apreciar de oficio en sentencia ciertas alegaciones propias de la audiencia preliminar, por tratarse de cuestiones de orden público (por ejemplo, la prescripción) o de cuestiones que requieran la práctica de prueba.

5.ª **Celebración y objeto. Nueva proposición de prueba**

El Ministerio Fiscal y las partes podrán exponer en la audiencia preliminar lo que estimen oportuno acerca de las siguientes cuestiones (art. 785.1 LECrim.):

- La posibilidad de conformidad de la persona o personas acusadas.
- La competencia del órgano judicial.
- La vulneración de algún derecho fundamental.
- La existencia de artículos de previo pronunciamiento.

– Las causas de suspensión del juicio oral.
– La nulidad de actuaciones.
– El contenido, finalidad o nulidad de las pruebas propuestas.

Igualmente, el Ministerio Fiscal y las partes podrán proponer la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos. También podrán proponer la práctica de pruebas de las que no hubieran tenido conocimiento en el momento de formular sus escritos de acusación o defensa.

En cuanto a la proposición de nueva prueba en la audiencia preliminar, se requiere que no hubiera sido conocida con carácter previo. En cambio, se permite la aportación de informes, certificaciones y otros documentos sin restricción temporal alguna.

Tanto respecto de la prueba propuesta en los escritos de acusación y defensa como de la que se proponga en la audiencia preliminar, el órgano de enjuiciamiento abrirá un turno de intervenciones para que el Ministerio Fiscal y las partes personadas se pronuncien sobre su contenido, finalidad, pertinencia o utilidad y, en su caso, sobre su eventual nulidad. En aras de salvaguardar el principio de contradicción que ha de regir la fase de juicio oral, las/los Sras./Sres. Fiscales promoverán que se dé audiencia a la contraparte para que manifieste lo que estime oportuno sobre las pruebas propuestas de contrario.

En las causas de especial complejidad o en aquellas en las que la prueba propuesta tenga un cierto volumen, las/los Sras./Sres. Fiscales harán constar en los extractos una breve indicación sobre la finalidad, pertinencia y utilidad de la prueba propuesta, al objeto de que el/la Sr./Sra. Fiscal que asista a la celebración de la audiencia preliminar pueda ofrecer al órgano de enjuiciamiento las explicaciones requeridas en orden a resolver sobre su admisión.

Las fases del iter procesal en las que resulta posible la proposición de prueba en el procedimiento abreviado se reconducen a los escritos de acusación y defensa (arts. 781 y 784 LECrim.), la audiencia preliminar (art. 785.1. II LECrim.) y el comienzo de las sesiones del juicio oral (art. 787.3 LECrim.). Por tanto, el carácter preclusivo que el legislador anuda a la audiencia preliminar se traduce en vedar al inicio del juicio oral la proposición de aquella prueba que se hubiera podido conocer en el momento de celebrarse la audiencia.

En aquellos supuestos en los que la prueba aportada de contrario sea de un cierto volumen o complejidad y que, por tanto, requiera de un análisis exhaustivo e, incluso, determine una rigurosa valoración sobre su impugnación o sobre la necesidad de proponer nueva prueba –documentación complementaria *ex artículo* 785.1. II LECrim–, los/las Sres./Sras. Fiscales interesarán la suspensión de la audiencia preliminar a los efectos señalados.

6.ª Resolución judicial de las cuestiones planteadas y posibles recursos

La resolución del órgano de enjuiciamiento sobre las cuestiones planteadas en la audiencia preliminar se adoptará, con carácter general, en el acto y de forma oral.

No obstante, si alguna de las cuestiones resultara especialmente compleja, podrá resolverse por medio de auto en el plazo de diez días. Aunque la ley no lo diga expresamente, si la cuestión requiriese la práctica de prueba, la resolución quedará postergada al momento de dictarse sentencia.

La resolución judicial que resuelva las cuestiones formuladas en la audiencia preliminar no será susceptible de impugnación, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar protesta a fin de reproducir la cuestión, en su caso, en el recurso frente a la sentencia. Quedan a salvo aquellos supuestos en los que la resolución ponga fin al procedimiento (*v. gr.* cosa juzgada o prescripción), en cuyo caso podrá ser recurrida en apelación, en el plazo y con las formalidades prevenidas en los artículos 790 y ss. LECrim.

En caso de disconformidad con la decisión oral del órgano de enjuiciamiento, los/las Sres./Sras. Fiscales formularán protesta en la propia audiencia preliminar a efectos de ulterior recurso. De resolverse por medio de auto, formularán protesta al inicio de las sesiones de juicio oral.

7.ª Documentación de la audiencia preliminar

En la carpetilla física o virtual los/las Sres./as. Fiscales dejarán constancia de la fecha, hora y lugar en que se ha procedido a celebrar la audiencia preliminar, así como de las principales cuestiones planteadas y/o resueltas durante la misma y que resulten relevantes para el juicio oral, debiendo constar entre ellas los términos del ofrecimiento de acuerdo realizado para alcanzar una conformidad.

8.ª La conformidad

Las dos principales novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, en el régimen de la conformidad consisten en la supresión del límite penológico para alcanzar una conformidad y la preceptiva audiencia previa a la víctima o perjudicado por parte del Ministerio Fiscal cuando se cumplan determinados parámetros.

A fin de contribuir a la eficiencia y agilidad del procedimiento penal a través de la nueva audiencia preliminar, las/los Sras./Sres. Fiscales que asistan a la celebración del juicio oral en ningún caso rebajarán el ofrecimiento penológico efectuado en la audiencia preliminar por el Ministerio Fiscal, cuando las circunstancias alegadas al inicio del plenario hubieran podido invocarse por la defensa en dicha audiencia preliminar.

Las/los Sras./Sres. Fiscales se abstendrán de suscribir conformidades parciales que supongan la finalización del procedimiento para algunas de las personas acusadas y su continuación para las restantes, a excepción de los supuestos de en los que concurran acusados en rebeldía o personas jurídicas, y sin perjuicio de la posibilidad de alcanzar acuerdos parciales –que no conformidades–, los cuales determinarán la necesaria celebración del juicio oral.

9.ª **La audiencia a la víctima**

A) Procedimientos aplicables

La audiencia a la víctima por parte del Ministerio Fiscal constituye un requisito previo para alcanzar una conformidad en aquellos supuestos en los que resulte preceptiva conforme a los criterios marcados en la presente Circular y con independencia del tipo de procedimiento aplicable, con la salvedad del procedimiento por aceptación de decreto.

B) Intervinientes

La audiencia se realizará a la persona física víctima del ilícito penal, quedando excluidas las personas jurídicas.

La audiencia se efectuará a los perjudicados en aquellos supuestos en los que el delito no tenga una víctima.

Cuando la víctima no fuera localizada o, debidamente citada, no compareciera, las/los Sras./Sres. Fiscales valorarán, en función del tipo de delito y las circunstancias concurrentes, si procede interesar la suspensión de la audiencia preliminar y efectuar una nueva citación de la víctima para garantizar su audiencia de manera efectiva.

Cuando la víctima esté personada en el procedimiento como acusación particular, su audiencia se entenderá cumplimentada con la participación de su representación letrada en el acto. No obstante, no existe óbice alguno para que las/los Sras./Sres. Fiscales, atendiendo y ponderando las circunstancias concretas del caso, procedan a dar audiencia a la víctima si así lo consideran necesario.

C) Carácter preceptivo de la audiencia a la víctima

La audiencia a la víctima será preceptiva cuando la gravedad o trascendencia del hecho o la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos.

Las/los Sras./Sres. Fiscales interpretarán tales conceptos conforme a los siguientes criterios:

La gravedad especialmente significativa será aquella que verse sobre un supuesto en el que la pena interesada exceda significativamente del límite de la prisión que determina la calificación como grave del delito objeto de acusación.

La trascendencia especialmente significativa comprenderá aquellos supuestos en los que, por las consecuencias que el delito hubiera provocado en la víctima, se generasen secuelas o daños morales más allá de los propios de padecer ese ilícito penal. Quedan comprendidos en este supuesto los tipos penales que, a título ejemplificativo, se concretan en el epígrafe 4.4.3 de la presente Circular.

La intensidad especialmente significativa hace referencia al impacto que el hecho delictivo haya tenido sobre la víctima, su repercusión, sin que ello implique necesariamente la existencia de secuelas en sentido estricto.

La cuantía especialmente significativa viene referida a la repercusión económica que el hecho delictivo ocasiona en la víctima. Esta especial significación se objetiva en la suma de 50.000 euros.

Igualmente, será preceptiva la audiencia a la víctima en aquellos supuestos en los que, por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, situación inherente a la misma o creada por la persona acusada, se aprecie que aquella se encuentre en situación de especial vulnerabilidad al sufrir la conducta delictiva.

Cuanto se trate de personas menores de catorce años, la audiencia se realizará a las víctimas indirectas y/o representantes legales de los menores, salvo conflicto de intereses.

Cuando se trate de personas con discapacidad, la audiencia se realizará en las condiciones de accesibilidad y con los ajustes y adaptaciones de procedimiento que sean necesarios (art. 7 bis 1 y 2 LEC y art. 4 EVD). Todo ello al margen de lo dispuesto en el artículo 21.c) LEVD en cuanto a la posibilidad de que la víctima acuda acompañada de persona de su elección.

D) Efectos de las manifestaciones de la víctima

Las manifestaciones de la víctima carecerán de carácter vinculante, aunque serán valoradas por las/los Sras./Sres. Fiscales al objeto de tomar una decisión sobre la procedencia de la conformidad, su alcance y efectos.

E) Citación a la víctima

Las/los Sras./Sres. Fiscales interesarán en el escrito de acusación, por medio de otrosí, que la víctima sea citada a la audiencia preliminar por el órgano de enjuiciamiento.

Cuando sea preciso, en el mismo otrosí se instará la adopción de las adaptaciones y ajustes procesales que sean necesarios a fin de garantizar que la víctima comprende y es comprendida sobre el objeto de la comparecencia, incluyendo el acompañamiento de persona de su elección.

La audiencia a la víctima se practicará una vez que la persona acusada, asistida de su representación letrada, manifieste su voluntad de alcanzar una conformidad y se concreten sus términos.

Cuando la conformidad se negocie en el marco del protocolo de conformidades diseñado en la Instrucción de la FGE. núm. 2/2009, será la oficina fiscal la encargada de citar a la víctima.

F) Lugar y forma de practicarla

La audiencia tendrá carácter reservado, por lo que únicamente estarán presentes la víctima y el Ministerio Fiscal, así como, en su caso, la persona que acompañe a aquella y/o le asista.

G) Documentación

Cuando se realice la audiencia a la víctima, las/los Sras./Sres. Fiscales dejarán constancia de la misma en la carpetilla física o virtual.

En la nota que se confeccione se indicará la fecha, hora y lugar en que se ha procedido a dar audiencia a la víctima. Se consignarán de manera sucinta sus manifestaciones en relación con la propuesta de conformidad y, en su caso, los motivos que lleven al fiscal actuante a acordar esa conformidad aun con la negativa de aquella.

H) Contenido

El contenido de la audiencia se limitará a informar a la víctima del estado en que se encuentra el procedimiento, de la posibilidad de alcanzar una conformidad con la persona acusada y sus términos, de las consecuencias jurídicas que comporta y de los motivos por los que, en su caso, se estima adecuada, así como de que su parecer carecerá de carácter vinculante.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en relación con la forma y contenido de la audiencia preliminar, las/los Sras./Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

INSTRUCCIÓN 2/2025, DE 15 DE JULIO, SOBRE LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS Y SUS CONCLUSIONES

ÍNDICE: I. Introducción.–II. Las jornadas de fiscales especialistas y el principio de unidad de actuación. 2.1 Consideraciones generales. 2.2 Naturaleza. 2.3 Convocatoria y periodicidad. 2.4 Objeto y contenido. 2.5 Asistentes. 2.6 Metodología. 2.7 Designación de ponentes.–III. Conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas. 3.1 Consideraciones generales. 3.2 Naturaleza. 3.3 Contenido. 3.4 Forma y extensión. 3.5 Validación. 3.6 Publicidad. 3.7 Actualización.–IV. Pautas organizativas para la gestión y celebración de las jornadas.–V. Cláusula de vigencia.–VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La especialización, entendida como herramienta para combatir determinados fenómenos delictivos, constituye un eje vertebrador del Ministerio Fiscal, que redunda positivamente, a su vez, en la constante formación de los y las fiscales y en la modernización de nuestra institución.

El Código Ético del Ministerio Fiscal, aprobado el 23 de octubre de 2020, vino a establecer que los miembros del Ministerio Fiscal «procurarán adquirir de manera permanente la formación y especialización necesarias, que intensificarán a lo largo de su vida profesional, con aprovechamiento de sus cualidades personales para cumplir su función».

Esa especialización de los integrantes del Ministerio Público ha sido una constante determinación del legislador con el objetivo de mejorar la respuesta estatal frente a determinados fenómenos delictivos, pero también de lograr una tutela más eficaz de algunos colectivos sociales (*v. gr.* art. 47 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; art. 5 y disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la

adolescencia frente a la violencia; art. 32.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación).

La configuración del principio de especialización, como un valor esencial sobre el que asentar una verdadera política de formación, fue plasmado de forma definitiva en el artículo 20 EOMF tras la reforma operada en nuestra norma estatutaria en virtud de la Ley 24/2007, de 9 de octubre. En el citado precepto se incorporó la figura de los fiscales de sala especialistas con funciones de coordinación y supervisión. La exposición de motivos de esta norma justificaba su inclusión en una voluntad decidida por «dar un mayor impulso al principio de especialización como respuesta a las nuevas formas de criminalidad que han ido surgiendo en los últimos tiempos».

Con anterioridad, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, fundó la figura del Fiscal de Sala Delegado contra la Violencia sobre la Mujer; y la Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, creó la plaza del Fiscal de Sala para los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales (actual Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo).

Los Reales Decretos 1552/2005, de 23 de diciembre; 709/2006, de 9 de junio; 658/2007, de 25 de mayo; 1735/2010, de 23 de diciembre, y 255/2019, de 12 de abril, crearon respectivamente las plazas de Fiscales de Sala Coordinadores de Siniestralidad Laboral (hoy Seguridad y Salud en el Trabajo); Seguridad Vial; Extranjería (actual Trata de Personas y Extranjería); Menores; Criminalidad Informática; Cooperación Internacional y de Personas con Discapacidad y Mayores. Todas estas especialidades quedaron integradas en nuestra estructura orgánica, al amparo del marco previsto en el artículo 20.3 EOMF.

El proceso de especialización del Ministerio Fiscal ha continuado su evolución, incorporando en el artículo 20 EOMF, tras la modificación introducida por la Ley 15/2022, de 12 de julio, y la Ley 20/2022, de 19 de octubre, las figuras de los Fiscales de Sala Coordinadores contra los Delitos de Odio y Discriminación y de Derechos Humanos y Memoria Democrática.

En la órbita del artículo 20.3 EOMF deben situarse las últimas plazas creadas mediante Real Decreto 1100/2024, de 29 de octubre: Fiscal de Sala Coordinador de Delitos Económicos y Fiscal de Sala Coordinador de Delitos contra la Administración Pública.

Sin perjuicio de que tengan atribuidas otras facultades de orden accesorio o secundario por disposición legal o del correspondiente acto de delegación del Fiscal General del Estado, tales como la inter-

vención en asuntos concretos, los fiscales de sala coordinadores están principalmente llamados a promover la elaboración de criterios generales de actuación, auxiliar a los fiscales especialistas en la búsqueda de soluciones técnicas ante los problemas jurídicos más complejos, supervisar la efectiva realización del principio de unidad de actuación e impulsar y estimular la formación especializada de los integrantes de las redes de especialistas y, en general, de la carrera fiscal.

Junto a los fiscales de sala coordinadores, 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 artículo 124 CE, dispuso la creación de los denominados fiscales de sala delegados, cuyo marco normativo se contiene en el artículo 22.3 EOMF: «el Fiscal General del Estado podrá delegar a los fiscales de sala funciones relacionadas con la materia propia de su competencia […] que asumirán en los términos y con los límites que establezca el acto de delegación. Dentro de tales límites, los fiscales de sala podrán participar en la determinación de los criterios para la formación de los fiscales especialistas».

Por consiguiente, dentro de la estructura orgánica del Ministerio Fiscal podemos encontrar a los fiscales de sala delegados para cada orden jurisdiccional –que también ostentan la consideración de fiscales jefes *ex artículo* 41.1. II EOMF– y a los fiscales de sala delegados para otras materias de especial relevancia, como actualmente son la protección y tutela de las víctimas en el proceso penal y la vigilancia penitenciaria.

En suma, siguiendo los criterios reflejados por las diversas Instrucciones de la Fiscalía General del Estado y en cumplimiento de lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en la actualidad conviven en nuestra institución dos modelos de especialización: i) el de los fiscales de sala coordinadores del artículo 20 EOMF, ostenten rango legal o reglamentario; ii) el de los fiscales de sala delegados por designación del Fiscal General del Estado en el ejercicio de las facultades organizativas que el artículo 22.3 EOMF le confiere.

La Instrucción de la FGE núm. 1/2024, de 19 de septiembre, sobre formación inicial y continuada del Ministerio Fiscal, siguiendo el espíritu y contenido de la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, ensalzó el importante rol de los fiscales de sala coordinadores y delegados en aras de promover la formación orientada a la especialización de todos los miembros de la carrera fiscal, contribuyendo en la elaboración del Plan de Formación de la carrera fiscal tanto a la hora identificar las necesidades formativas que demanda cada materia, como para seleccionar a quienes hayan de impartir la formación del modo más experto y cualificado en sus respectivas áreas de actividad.

Si bien los fiscales de sala al frente de las diferentes materias objeto de especialización tienen atribuidas importantes funciones de coordinación y supervisión, la presente Instrucción se ciñe en exclusiva a su actuación en el marco de las jornadas de fiscales especialistas.

II. LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS Y EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTUACIÓN

2.1 **Consideraciones generales**

La Instrucción de la FGE núm. 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE, determina que los fiscales de sala delegados promoverán la realización de jornadas para la unificación de criterio y transmitirán a las fiscalías las conclusiones en ellas alcanzadas.

Este principio de unidad de actuación constituye la razón de ser de las jornadas de fiscales especialistas, pues se convierte en pieza angular para procurar una interpretación unitaria del ordenamiento jurídico, contribuyendo así a garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, conceptos íntimamente vinculados con la idea del Estado de derecho.

La materia objeto de la presente Instrucción ha sido ampliamente tratada por la doctrina de la Fiscalía General del Estado: Instrucción de la FGE núm. 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE; Instrucción de la FGE núm. 4/2011, sobre el funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal; Instrucción de la FGE núm. 1/2015, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los fiscales de sala coordinadores y los fiscales de sala delegados; Instrucción de la FGE núm. 1/2024, de 19 de septiembre, sobre formación inicial y continuada de la carrera fiscal.

En estas instrucciones se aborda con carácter general la periodicidad, naturaleza y finalidad de las jornadas y, por ende, sus conclusiones, sin perjuicio de las referencias individualizadas que sobre estas materias se acometen en las Instrucciones de la FGE referidas a cada una de las especialidades y con las que mantienen plena coherencia.

Sin embargo, la relevante finalidad de estas reuniones o jornadas impone una regulación más precisa de las mismas que, partiendo de la ya publicada, desarrolle pautas de actuación sobre su convocatoria y celebración, así como respecto de sus conclusiones, y ello con la pre-

tensión de lograr tanto la homogeneidad entre las distintas especialidades como la de evitar que se desnaturalice o devalúe su propia finalidad.

2.2 **Naturaleza**

Pese a que las jornadas de fiscales especialistas han sido concebidas tradicionalmente como actividades incluidas en el Plan de Formación de la carrera fiscal, la Instrucción de la FGE núm. 1/2024 supuso un cambio de rumbo sustancial en este punto al disponer que «estas reuniones de especialistas no deben tener, en puridad, la configuración de actividades formativas».

El Ministerio Fiscal celebra de forma ordinaria reuniones que son necesarias para su correcto funcionamiento, para la puesta en común de trabajo y experiencias, así como para la elaboración de criterios únicos de actuación. De ello se colige que las jornadas de especialistas son reuniones derivadas de la propia naturaleza de la institución y del cumplimiento de las obligaciones legales establecidas para los distintos órganos del Ministerio Fiscal, cuyo sentido esencial estriba –como ya indicó la Instrucción de la FGE núm. 1/2015– en erigirse en «espacio de intercambio de ideas y de debate, de presentación y análisis de ponencias y de contacto del fiscal de sala delegado o coordinador con los delegados provinciales y de estos entre sí, con el consiguiente enriquecimiento recíproco». De ahí que, siguiendo las directrices marcadas por la Instrucción de la FGE núm. 1/2024, las jornadas de fiscales especialistas sean concebidas como actividades orgánicas de la Fiscalía General del Estado al margen del régimen propio de la formación continuada de la carrera fiscal.

Junto a las jornadas de fiscales especialistas coexisten otras actividades orgánicas como las reuniones de coordinación y para la unificación de criterios que celebran los fiscales especialistas del Sistema de Información del Ministerio Fiscal (SIMF), dirigidas por la jefatura de la Unidad de Apoyo, o las jornadas de coordinación en materia constitucional, bajo la dirección de la jefatura de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional (Instrucción de la FGE núm. 2/2012, sobre criterios a seguir en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad, y Circular de la FGE núm. 2/2013, sobre intervención del fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones).

2.3 **Convocatoria y periodicidad**

Las jornadas de especialistas se convocarán por los fiscales de sala delegados y coordinadores. Corresponde a las jefaturas de la Fiscalía

ante el Tribunal Constitucional y de la Unidad de Apoyo, respectivamente, la convocatoria de las reuniones de coordinación en materia constitucional y de fiscales SIMF.

Si bien la Instrucción de la FGE núm. 11/2005 dispone que «con carácter general, los fiscales de sala delegados se reunirán anualmente con los fiscales especialistas en cada área, responsables del servicio o sección de cada fiscalía, con el fin de unificar criterios», este carácter anual se flexibilizó en la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, pues concluyó que «ha de huirse de la convocatoria automática de jornadas de especialistas […]. No puede desconocerse que la burocratización y la celebración rutinaria de las mismas entrañan un grave riesgo de devaluación y una inversión de recursos públicos».

La experiencia de los últimos años proporciona argumentos contundentes para afirmar que no siempre es necesaria la convocatoria anual de jornadas de especialistas, bien por la ausencia de novedades legislativas o jurisprudenciales, bien de criterios discrepantes que justifiquen su celebración.

En consecuencia, el segundo trimestre de cada anualidad la jefatura de la Secretaría Técnica dirigirá un oficio a los fiscales de sala *supra* reseñados al objeto de que se pronuncien sobre la necesidad de convocar jornadas de su respectiva especialidad durante el año inmediatamente ulterior.

Para dar respuesta a este requerimiento, los fiscales de sala remitirán una comunicación a sus respectivos delegados territoriales a fin de que realicen sugerencias sobre la celebración de las jornadas y su contenido.

De considerar necesaria la celebración de jornadas de fiscales especialistas, los fiscales de sala remitirán a la Secretaría Técnica una solicitud fundamentada de convocatoria de las jornadas, apoyada en alguna reforma legal, cambio jurisprudencial, consultas o criterios de actuación divergentes entre los delegados de la especialidad u otra circunstancia de análoga consideración que aconseje su celebración, sin perjuicio de la ulterior concreción del orden del día y la posibilidad de ampliación posterior a otras cuestiones perentorias que hayan de ser tratadas en las jornadas. Asimismo, el oficio dirigido a la Secretaría Técnica contendrá aquellas cuestiones que provisoriamente serán objeto de análisis y debate.

2.4 **Objeto y contenido**

Corresponderá a los fiscales de sala decidir el objeto y contenido de las jornadas en tanto en cuanto sus funciones supervisoras y coor-

dinadoras les proporciona una visión panorámica para detectar necesidades y fijar prioridades. No obstante, como se avanzó *supra*, será preciso que los fiscales de sala recaben de los delegados territoriales propuestas sobre temas a debatir y cualesquiera sugerencias que consideren de interés.

Los asuntos que integren el contenido de las jornadas versarán sobre extremos de interés jurídico para la especialidad o sobre cuestiones organizativas. La preferencia de los puntos o aspectos jurídicos a debatir puede responder a múltiples factores, como novedades legislativas o jurisprudenciales; diversidad de criterios en la interpretación de la norma o disparidad organizativa de las fiscalías, entre otros, que impongan la necesidad de unificar criterios en aras de garantizar el principio de unidad de actuación en todo el territorio del Estado. De especial importancia será la función de incluir reflexiones y propuestas de reforma legislativa.

En definitiva, como indica la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, de 13 de julio, «las jornadas de especialistas son un ámbito óptimo para detectar cuestiones merecedoras de ser tratadas por circulares, consultas e instrucciones y para simultáneamente aportar las ideas, criterios, pautas y observaciones que las redes de especialistas consideren relevantes».

Las jornadas también constituyen un foro apropiado para conocer la diversidad de criterios o pautas de organización de la especialidad en las fiscalías territoriales. Su puesta en común permite no solo el conocimiento de los diferentes modelos concurrentes y la consiguiente opción de trasvase a otras fiscalías, sino que también posibilita el debate sobre otras fórmulas de mejora organizativa de las secciones de especialistas.

En cualquier caso, si la especialización es un valor añadido de la Fiscalía española, se ha de velar por la coherencia *ad intra* en el ejercicio de nuestra actividad y abordar desde esta perspectiva todos aquellos extremos que por su carácter transversal afecten o impliquen a distintas especialidades. Cada vez resulta más frecuente la concurrencia de parcelas que afectan de forma transversal a varias materias y, por ende, a diversas especialidades. De esta forma, siempre que en unas jornadas de especialistas se aborden temas de naturaleza transversal, habrá de producirse una previa comunicación entre los fiscales de sala afectados al objeto de poner en común las cuestiones sometidas a debate, conocer los criterios adoptados por las especialidades concernidas y alcanzar así conclusiones coherentes y homogéneas.

También será posible la celebración de jornadas conjuntas por dos especialidades cuando las materias o cuestiones a tratar y la necesidad

de unificar criterios de actuación así lo aconsejen, siempre que se justifique su convocatoria conjunta y se autorice su celebración por el/la Fiscal General del Estado.

Una vez autorizada la celebración de las jornadas por el/la Fiscal General del Estado, previamente a efectuar su convocatoria, los fiscales de sala remitirán a la jefatura de la Secretaría Técnica el orden del día en el que se haga constar las materias a debatir, la identificación de los ponentes, los tiempos asignados para la exposición de los temas y el formato (presencial, virtual o híbrido).

2.5 **Asistentes**

Llegados a este punto, debe partirse del carácter imperativo de la asistencia a las jornadas de especialistas. Y es que, como ya indicó la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, «la asistencia de los delegados a las jornadas es obligatoria».

La imperiosa necesidad de que la especialización penetre en todos los escalones territoriales exige que los fiscales de sala garanticen la asistencia a las jornadas de un representante por cada territorio.

Debe recordarse, en palabras de la Instrucción de la FGE núm. 4/2011, de 17 de noviembre, que el espíritu de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, es el de hacer extensivo el principio de especialización a toda la estructura de la institución, como se deduce del tenor de su exposición de motivos, que se refiere a la creación de secciones especializadas en los diversos órganos territoriales del Ministerio Fiscal –sin exclusión ni reserva alguna–, ya que la necesidad de dar respuesta a las nuevas formas de criminalidad incide en la actividad de todas las fiscalías. Es más, en lo que concierne a algunas de las especialidades descritas en el Estatuto Orgánico, el establecimiento de estas secciones especializadas puede incluso tener mayor sentido en las fiscalías de área, cuyo ámbito material y funcional es similar al de las fiscalías provinciales.

En este sentido, la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, de 13 de julio, señala que «se procurará la asistencia de los fiscales de enlace de la especialidad». Por ello, se facilitará la asistencia a las jornadas del fiscal de enlace de aquellas fiscalías en las que, por la especial trascendencia o complejidad de los asuntos a tratar, resulte necesaria la presencia de aquel en orden a lograr una mayor participación en la adopción de criterios comunes o en la fijación de posiciones en aquellas singularidades que lo justifiquen.

El número máximo de asistentes presenciales a las jornadas de especialistas será en todo caso de cincuenta y dos, al margen del

correspondiente fiscal de sala, dos fiscales de la unidad especializada o del órgano fiscal y un funcionario de la oficina de la unidad u órgano fiscal, que se ocupará de todas aquellas gestiones logísticas o de índole similar que permitan el óptimo desarrollo de las jornadas. Igualmente, se garantizará la asistencia del fiscal de la Secretaría Técnica que se encuentre designado para cada especialidad.

En caso de concurrir una causa debidamente justificada para la inasistencia del fiscal delegado –autonómico o provincial– convocado, el/la fiscal delegado/a territorial designará a un fiscal de enlace de su territorio o a un fiscal de la sección especializada que le sustituya y, en su defecto, será la jefatura territorial la que asista o designe a quien usualmente vise los asuntos propios de la especialidad de que se trate. Si ninguno de los indicados pudiera participar en las reuniones de forma presencial, porque así se justifique, lo hará en formato virtual. Para ello, la oficina de las unidades u órganos fiscales concernidos, bajo la supervisión de la Unidad de Apoyo, velará por garantizar la existencia de los medios tecnológicos necesarios que posibiliten la presencia en las jornadas en formato online.

Finalmente, aquellos fiscales especialistas que tengan especial interés en seguir las jornadas contarán con la posibilidad de hacerlo en formato virtual, para lo que se les proporcionará el correspondiente enlace de conexión.

2.6 **Metodología**

Corresponderá a los fiscales de sala impulsar la participación activa de los delegados territoriales y fiscales de enlace, siendo indispensable programar tiempos amplios para el debate, lo que no resulta incompatible con las ponencias y mesas redondas en sus formatos habituales. La técnica del seminario conjunto, del debate colectivo y de la puesta en común debe convertirse en uno de los criterios rectores del proceso de perfeccionamiento de los fiscales especialistas.

El análisis conjunto, a través de la intervención en el debate de todos y cada uno de los asistentes, como ya indicó la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, hace posible compartir experiencias en aspectos tan relevantes como la organización interna del servicio; los medios personales y materiales con los que se cuenta; la relación con otros servicios especializados o con otros órganos de la propia Fiscalía; los mecanismos establecidos para la identificación, control y seguimiento de asuntos; visado; análisis de sentencias; participación en la preparación de recursos de casación; relaciones con los cuerpos policiales u otros organismos e instituciones.

2.7 **Designación de ponentes**

Los fiscales de sala delegados y coordinadores se encuentran en mejores condiciones para seleccionar a los fiscales especialistas que dirijan las mesas de debate y/o impartan ponencias, en atención a la reconocida competencia en la cuestión de que se trate. Actuar en otro sentido sería tanto como renunciar a una parte importante de las ventajas y efectos positivos de la especialización.

Aunque por la naturaleza de las reuniones, necesarias para el correcto funcionamiento de la especialidad, para la puesta en común de trabajo y experiencias, así como para la elaboración de criterios unitarios de actuación, las ponencias deban impartirse preferentemente por fiscales especialistas, ello no obsta para que puedan participar –en todo caso, en no más de un tercio del total de los ponentes– otros profesionales de instituciones u organismos públicos o privados (no necesariamente pertenecientes al ámbito jurídico), miembros de las unidades policiales especializadas y demás expertos que estén vinculados a la materia objeto de debate. Ello permite, sin duda, el conocimiento de la temática y su divulgación desde otras perspectivas, con el consiguiente enriquecimiento recíproco de las instituciones concernidas.

No serán retribuidas las ponencias impartidas por los/las fiscales ni su participación en mesas de exposiciones compartidas. Las que sean impartidas por profesionales ajenos a la carrera fiscal sí serán objeto de remuneración, correspondiendo la gestión de su abono a la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado.

En todo caso, se procurará velar por el cumplimiento de los criterios de paridad de género en los profesionales que intervengan como ponentes, conforme a lo dispuesto en el II Plan de Igualdad de la carrera fiscal.

III. CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS

3.1 **Consideraciones generales**

Las jornadas de fiscales especialistas, como se ha dicho, constituyen una vía para homogeneizar criterios técnico-jurídicos que favorezcan la efectividad del principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal. Ello evidencia la importancia que revisten las conclusiones que han de extraerse de cada una de las jornadas que se celebren.

La Instrucción de la FGE núm. 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE, ya indicó que «los fiscales de sala delegados [por entonces aún no se habían constituido los fiscales de sala coordinadores] promoverán la realización de jornadas para la unificación de criterios y transmitirán a las fiscalías las conclusiones en ellas alcanzadas».

Por consiguiente, la redacción del documento que recoja las conclusiones derivadas de los temas abordados corresponde a los fiscales de sala delegados y coordinadores.

Se procurará que las conclusiones se elaboren en un lapso temporal de treinta días desde la celebración de las jornadas. Una vez revisadas por la Secretaría Técnica, serán validadas por el/la Fiscal General del Estado.

3.2 **Naturaleza**

Las conclusiones que resulten de las jornadas no constituyen doctrina de la Fiscalía General del Estado en la medida en que, *strictu sensu*, esa doctrina viene conformada por las circulares, instrucciones y consultas. Por ello, no pueden considerarse jurídicamente vinculantes para los fiscales, sin perjuicio de que sirvan de guía de actuación en atención a la alta cualificación, rigor y *auctoritas* del órgano del que emanan.

En palabras de la Instrucción de la FGE núm. 11/2005, «estas conclusiones tendrán valor orientativo, sin perjuicio de que en su caso se incorporen con pleno valor vinculante a través de la correspondiente instrucción o circular», a lo que la Instrucción de la FGE núm. 1/2015 añadió que «constituirán guías, pautas, directrices hermenéuticas que orienten a los fiscales en el ejercicio de sus funciones, en la medida que –como se ha referido *ut supra*– las jornadas constituyen una vía para fijar criterios técnico-jurídicos en orden a la consecución del principio de unidad de actuación al que está sujeta la praxis de la actividad del Ministerio Fiscal, sin que puedan concebirse como una vía indirecta de innovar la doctrina de la Fiscalía General del Estado».

Pese a no formar parte de la doctrina de la Fiscalía General del Estado, las conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas, una vez refrendadas por el/la Fiscal General del Estado, pasarán a constituir la expresión institucional de su compromiso con un criterio hermenéutico, por lo que deben estar sólidamente fundamentadas y precedidas de un detallado estudio y debate.

3.3 **Contenido**

Las conclusiones documentarán el debate de los asuntos sobre los que hayan versado las jornadas de fiscales especialistas. Por consiguiente, en ningún caso abordarán cualesquiera otras cuestiones que no hayan sido analizadas y deliberadas en el seno de las jornadas.

Las conclusiones constituirán el resultado concreto y detallado de los razonamientos jurídicos y/o jurisprudenciales de los asuntos tratados en las jornadas.

Para ello, es imprescindible que en la planificación y posterior celebración de las jornadas se haya previsto y destinado el tiempo suficiente para debatir las conclusiones, siendo indiferente que aquellas se alcancen tras el análisis de cada asunto concreto o que se dedique un espacio temporal, al término de la jornada, en cuyo caso se garantizará la presencia mayoritaria de los asistentes. No obstante, será de todo punto obligado que la deliberación y concreción de las conclusiones se produzca durante el desarrollo de las jornadas, sin perjuicio de su redacción posterior.

Si existieran diversos planteamientos sobre un asunto concreto objeto de debate, se dejará constancia de una breve referencia en la conclusión correspondiente, junto con la motivación que justifique la opción finalmente alcanzada.

Cuando alguna cuestión de índole jurídica resulte mayoritariamente controvertida entre los fiscales especialistas o cuando el/la fiscal de sala no esté conforme con la postura mayoritaria de los asistentes, el asunto no formará parte de las conclusiones de las jornadas. En este caso, el/la fiscal de sala analizará la cuestión planteada y, si procede, elaborará un dictamen o propondrá al Fiscal General del Estado la publicación de una circular, consulta o instrucción, elaborando al efecto el correspondiente borrador o proyecto.

3.4 **Forma y extensión**

Las conclusiones de las jornadas guardarán una coherencia formal y un formato homogéneo, lo que exigirá que los fiscales de sala se ajusten en su redacción a unas mismas pautas. En todo caso, los proyectos de conclusiones serán supervisados por la Secretaría Técnica antes de su definitiva aprobación por el/la Fiscal General del Estado.

Estos documentos reflejarán fielmente los temas analizados y debatidos durante el transcurso de las jornadas, partiendo de una mínima contextualización, una breve exposición del debate y una sucinta referencia a la jurisprudencia y a las conclusiones alcanzadas.

En ningún caso se incorporará al documento referencia alguna sobre el lugar de celebración o los datos de asistentes y ponentes.

Las conclusiones evitarán la incorporación de extensas introducciones y de prolijos detalles jurisprudenciales. Si se considerara necesaria una relación detallada de resoluciones judiciales para facilitar a los especialistas el desarrollo de su actividad profesional, se acompañará como anexo a las conclusiones en documento aparte.

De igual forma, se huirá de extensos razonamientos que justifiquen la adopción de las conclusiones, habida cuenta de que los fiscales especialistas tendrán conocimiento de los mismos como consecuencia de su asistencia a las reuniones. Asimismo, se prescindirá de cualquier alusión a contenidos extrajurídicos que enriquezcan el debate previo, salvo que se haya adoptado algún criterio de actuación común en relación con la materia expuesta.

Cuando se hayan debatido cuestiones que evidencien la necesidad de elaborar una circular, consulta o instrucción de la Fiscalía General del Estado, los fiscales de sala harán una breve alusión a este particular en la respectiva conclusión, acompañando una mínima justificación y reservando el análisis minucioso de la materia al borrador o proyecto que ulteriormente eleven al Fiscal General del Estado.

Cuando existan varios planteamientos sobre alguna cuestión objeto de debate y se opte por uno de ellos, se reflejará expresamente una breve referencia a las posturas expuestas y la explicación que avale la opción finalmente adoptada.

Las conclusiones deberán ajustarse al Manual de Estilo del Ministerio Fiscal y su extensión no podrá ser superior a veinte páginas, dimensión que se considera adecuada para responder a la naturaleza y finalidad de estos documentos. En cualquier caso, la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado podrá sintetizar los textos que no se ajusten a estas indicaciones o proceder a su devolución al remitente a tales efectos.

3.5 **Validación**

Las conclusiones de las jornadas serán refrendadas por el/la Fiscal General del Estado, para lo que serán remitidas previamente a la Secretaría Técnica al objeto de que efectúe su oportuno análisis.

Cuando esta unidad central de la Fiscalía General del Estado no comparta algunos de los extremos de las conclusiones, su jefatura se lo hará saber al fiscal de sala correspondiente, quien proporcionará la información necesaria en apoyo de la conclusión adoptada. En caso de que se mantuviese disconformidad con el razonamiento aportado y/o se evidenciase que el asunto requiere un análisis más exhaustivo,

las conclusiones de las jornadas no harán constar ese punto en cuestión. En este caso, la Secretaría Técnica realizará un estudio pormenorizado de la materia a fin de que el/la Fiscal General del Estado asiente definitivamente un criterio sobre la cuestión debatida.

En la misma línea, la Secretaría Técnica podrá incorporar al proyecto de conclusiones las sugerencias o aportaciones que considere pertinentes en orden a una mejor claridad expositiva. Idénticos términos se aplicarán cuando las conclusiones no cumplan con los estándares propios del Manual de Estilo del Ministerio Fiscal.

Cuando se trate de una conclusión cuya materia pueda afectar a varias especialidades, la Secretaría Técnica comprobará que se ha comunicado a los fiscales de sala afectados y, en su defecto, les dará traslado al objeto de conocer los criterios adoptados por las especialidades concernidas y proponer en su caso, las modificaciones oportunas al objeto de mantener la necesaria coherencia.

Los fiscales de sala, tras valorar las sugerencias recibidas de la jefatura de la Secretaría Técnica, darán nuevamente traslado a esta unidad central del texto que consideren definitivo. Corresponderá finalmente a la Secretaría Técnica remitir las conclusiones validadas por el/la Fiscal General del Estado a la Unidad de Apoyo para su difusión por correo electrónico entre todos los integrantes de la carrera fiscal.

3.6 **Publicidad**

Las conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas se vertebran en torno a la idea de que son instrumentos esenciales para garantizar el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

Las jornadas constituyen un espacio de reflexión jurídica, de planteamiento de dudas y soluciones que promueven la unificación de criterios en la carrera fiscal. Es por ello que la difusión de las conclusiones se realizará por correo electrónico no solo a los fiscales especialistas, sino a todos los miembros del Ministerio Público.

Asimismo, las conclusiones de las jornadas se publicarán en la aplicación informática TESAURO FGE, alojada en la zona privada de la web del Ministerio Fiscal. Esta herramienta informática contendrá un repositorio de todas las conclusiones que se hallen en vigor y se irá actualizando con las nuevas conclusiones que se publiquen periódicamente.

3.7 **Actualización**

Si partimos de la necesaria trascendencia práctica que tienen las conclusiones para la función fiscal, concretamente para los especialis-

tas, se colige la importancia de conservarlas plenamente actualizadas en orden a lograr su efectividad última: la fijación de criterios técnico-jurídicos que coadyuven a la unidad de actuación.

Cuando cualquier fiscal recurra a las conclusiones de una especialidad en el ejercicio de su actividad profesional debe hacerlo con la seguridad de que se encuentran plenamente vigentes. En consecuencia, cuando se produzcan novedades legislativas, jurisprudenciales o doctrinales de la Fiscalía que repercutan directa o indirectamente en alguna de las conclusiones alcanzadas en anualidades anteriores, la pérdida de vigencia de una conclusión previa se hará constar expresamente en la nueva conclusión alcanzada.

Profundizando en esta pretensión, los fiscales de sala realizarán periódicamente una labor de control de la aplicación y de la vigencia de las conclusiones publicadas, que –como se ha dicho *supra*– estarán a disposición de todos los fiscales en la herramienta informática TESAURO FGE. A tal efecto, y con el fin de facilitar su conocimiento en el seno de la institución, en el plazo máximo de seis meses desde la publicación de la presente Instrucción, los fiscales de sala concernidos remitirán a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado un documento recopilatorio de las conclusiones de jornadas de especialistas que se hallen en vigor, así como los respectivos documentos en los que obren tales conclusiones.

IV. PAUTAS ORGANIZATIVAS PARA LA GESTIÓN Y CELEBRACIÓN DE LAS JORNADAS

Aunque tradicionalmente las jornadas de fiscales especialistas fueron concebidas como actividades formativas y, en consecuencia, su organización correspondía al Centro de Estudios Jurídicos, a partir del año 2022 la Fiscalía General del Estado impulsó su organización a través de la Secretaría Técnica en coordinación y con la colaboración de los fiscales de sala delegados y coordinadores.

La Instrucción de la FGE núm. 1/2024 ha supuesto un giro sustancial en esta materia al disponer que «estas reuniones de especialistas no deben tener, en puridad, la configuración de actividades formativas». De ahí que en la actualidad las jornadas de especialistas sean consideradas como actividades orgánicas de la Fiscalía General del Estado al margen de la formación continuada de la carrera fiscal, esta sí, competencia específica de la Secretaría Técnica (art. 13.3 EOMF).

No obstante, la optimización de la gestión de las jornadas de fiscales especialistas precisa indefectiblemente de la colaboración coordinada entre las unidades y órganos del Ministerio Fiscal responsables de su

convocatoria y celebración, la Unidad de Apoyo y la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, en el ámbito de sus respectivas funciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 EOMF.

A fin de contribuir a una gestión eficiente de las jornadas, en la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado se creará una sección administrativa encargada de la gestión de las comisiones e indemnizaciones por razón de servicio de los asistentes y de la retribución de las ponencias impartidas por profesionales ajenos a la carrera fiscal, así como de prestar asistencia a las unidades y órganos fiscales en aquellos trámites que resulten necesarios para la celebración de las jornadas.

La Unidad de Apoyo fijará unas directrices generales para la tramitación de las jornadas de especialistas, aunque la responsabilidad de su organización, contenido y desarrollo recaerá en el órgano o unidad convocante.

Aprobada la celebración de las jornadas por el/la Fiscal General del Estado, el/la fiscal de sala propondrá a la jefatura de la Secretaría Técnica la fecha de celebración de las mismas, que finalmente se fijará por esta unidad central atendiendo tanto a motivos de agenda institucional como a criterios de oportunidad.

Igualmente, los fiscales de sala remitirán a la jefatura de la Secretaría Técnica el orden del día definitivo de las jornadas. Esta unidad central revisará que el orden del día cumple con las pautas expuestas.

El/la fiscal de sala promotor/a de las jornadas formulará una propuesta sobre el lugar de celebración, la cual deberá efectuarse conforme a las directrices previamente indicadas por la Unidad de Apoyo, especialmente en lo relativo a la ubicación y los costes asociados.

Asimismo, el/la fiscal de sala encargado de la organización de las jornadas deberá elaborar y remitir una memoria económica a la Unidad de Apoyo. Esta memoria, que se confeccionará siguiendo los criterios y la información proporcionada por dicha unidad central, deberá incluir el lugar de celebración propuesto, el número estimado de asistentes, participantes y ponentes cuyas intervenciones sean retribuidas, así como cualquier otro aspecto que implique compromisos económicos. Todo ello será objeto de supervisión y aprobación por la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado.

Una vez concretados el orden del día de las jornadas, el lugar de celebración y el establecimiento de alojamiento, los fiscales de sala remitirán la convocatoria a los fiscales delegados y a las jefaturas territoriales. La convocatoria contendrá, además de la fecha y lugar de celebración, un orden del día en el que se hará constar su concreto contenido. Esta comunicación interesará, además, que los fiscales delegados y/o de enlace confirmen su asistencia en el plazo de diez días, debiendo recordarse en todo caso que la misma resulta obligatoria.

V. CLÁUSULA DE VIGENCIA

Las pautas organizativas contenidas en la presente Instrucción serán de aplicación a las jornadas de fiscales especialistas que se celebren a partir del 1 de enero de 2026.

En lo que no se opongan a lo dispuesto en la presente Instrucción, se deben entender vigentes las siguientes Instrucciones de la FGE:

i) La Instrucción de la FGE núm. 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE.

ii) La Instrucción de la FGE núm. 4/2011, sobre el funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal.

iii) La Instrucción de la FGE núm. 1/2015, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los fiscales de sala coordinadores y los fiscales de sala delegados.

iv) La Instrucción de la FGE núm. 1/2024, de 19 de septiembre, sobre formación inicial y continuada de la carrera fiscal.

VI. CONCLUSIONES

1.ª Los fiscales de sala delegados para cada orden jurisdiccional –que también ostentan la consideración de fiscales jefes *ex artículo* 41.1. II EOMF–, los fiscales de sala delegados en materias especiales y los fiscales de sala coordinadores promoverán la celebración de jornadas de especialistas en su respectivo ámbito de actuación.

Junto a las jornadas de fiscales especialistas coexisten las reuniones de coordinación y para la unificación de criterios que celebran los fiscales especialistas del Sistema de Información del Ministerio Fiscal (SIMF), que serán dirigidas por la jefatura de la Unidad de Apoyo, y las jornadas de coordinación en materia constitucional, bajo la dirección de la jefatura de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

2.ª Las jornadas de fiscales especialistas no se configuran como actividades formativas de la carrera fiscal, sino que encuentran su razón de ser en el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

3.ª Los fiscales de sala huirán de la convocatoria rutinaria de jornadas. En consecuencia, durante el segundo trimestre de cada anualidad la jefatura de la Secretaría Técnica dirigirá un oficio a los fiscales de sala al objeto de que se pronuncien sobre la necesidad de convocar jornadas de especialistas durante el año inmediatamente posterior.

4.ª Cuando los fiscales de sala consideren necesaria la convocatoria de jornadas de especialistas, remitirán a la Secretaría Técnica una solicitud fundamentada, apoyada en alguna reforma legal, cambio jurisprudencial, consultas o criterios de actuación divergentes entre los delegados de la especialidad u otra circunstancia de análoga consideración que aconseje su celebración, sin perjuicio de la ulterior concreción del orden del día y la posibilidad de ampliación a otras cuestiones perentorias que hayan de ser tratadas en las jornadas.

Este oficio dirigido a la Secretaría Técnica contendrá, además, aquellas cuestiones que provisoriamente serán objeto de análisis y debate en las jornadas.

5.ª Corresponderá a los fiscales de sala decidir el objeto y contenido de las jornadas. Previamente, recabarán de los fiscales delegados territoriales propuestas sobre temas a debatir y cualesquiera sugerencias que consideren de interés.

Los asuntos que integren el orden del día de las jornadas versarán sobre extremos de interés jurídico para la especialidad o sobre cuestiones puramente organizativas.

Los fiscales de sala remitirán a la jefatura de la Secretaría Técnica el orden del día definitivo de las jornadas en el que se hará constar los asuntos a debatir, la identificación de los ponentes, los tiempos asignados para la exposición de los temas y el formato (presencial, virtual o híbrido).

Cuando en las jornadas se aborden cuestiones de naturaleza transversal, habrá de producirse una previa comunicación entre los fiscales de sala afectados al objeto de poner en común las cuestiones sometidas a debate, conocer los criterios adoptados por las especialidades concernidas y alcanzar así conclusiones coherentes y homogéneas.

Será posible la celebración de jornadas conjuntas por dos especialidades cuando las materias o cuestiones a tratar y la necesidad de unificar criterios de actuación así lo aconsejen, siempre que se justifique su convocatoria conjunta y se autorice su celebración por el/la Fiscal General del Estado.

6.ª Las jornadas se convocarán por los fiscales de sala delegados y coordinadores. El oficio de convocatoria se dirigirá a los fiscales delegados de la especialidad concernida y a las jefaturas territoriales.

Corresponderá a las jefaturas de la Unidad de Apoyo y de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, respectivamente, la convocatoria de las reuniones de coordinación de fiscales SIMF y en materia constitucional.

7.ª La asistencia de los fiscales delegados territoriales a las jornadas de especialistas resultará obligatoria.

Se procurará la asistencia de los fiscales de enlace cuando la especial trascendencia o complejidad de los asuntos a tratar así lo exija.

El número máximo de asistentes presenciales a las jornadas de especialistas será de cincuenta y dos, al margen del fiscal de sala, dos fiscales de la unidad u órgano fiscal y un funcionario de la oficina de la unidad u órgano convocante.

En caso de concurrir una causa debidamente justificada para la inasistencia del fiscal delegado –autonómico o provincial– convocado, el/la fiscal delegado/a territorial designará a un fiscal de enlace de su territorio o a un fiscal de la sección especializada que le sustituya y, en su defecto, será la jefatura territorial la que asista o designe a quien usualmente vise los asuntos propios de la especialidad de que se trate.

La imposibilidad de los fiscales delegados territoriales de asistir presencialmente a las jornadas no impedirá su participación en formato virtual.

8.ª Los fiscales de sala designarán a quienes dirijan las mesas de debate y/o impartan ponencias en las jornadas. Podrán participar –en todo caso, en no más de un tercio del total de los ponentes– otros profesionales de instituciones u organismos públicos o privados, unidades de Policía Judicial y demás expertos que estén vinculados a la materia objeto de debate.

9.ª Los fiscales de sala impulsarán la participación activa de los fiscales delegados territoriales y de enlace, siendo indispensable programar tiempos amplios para el debate.

10.ª Las conclusiones que resulten de las jornadas no constituyen doctrina de la Fiscalía General del Estado, por lo que no podrán considerarse jurídicamente vinculantes, sin perjuicio de que puedan servir de guía de actuación en atención a la alta cualificación, rigor y auctoritas del órgano del que emanan.

11.ª Se procurará que las conclusiones se elaboren en un lapso temporal de treinta días desde la celebración de las jornadas. Guardarán una coherencia formal y un formato homogéneo, con una extensión no superior a veinte páginas, lo que exigirá que los fiscales de sala se ajusten en su redacción a unas mismas pautas. Una vez revisadas por la Secretaría Técnica, serán aprobadas por el/la Fiscal General del Estado.

12.ª Las conclusiones documentarán el debate de los asuntos sobre los que hayan versado las jornadas de fiscales especialistas. En ningún caso abordarán cualesquiera otras cuestiones que no hayan sido analizadas y deliberadas en el seno de las jornadas.

13.ª Cuando existan diversos planteamientos sobre un asunto objeto de debate, se dejará constancia de una breve referencia en la conclusión correspondiente, junto con la motivación que justifique la opción finalmente alcanzada.

Cuando alguna cuestión resulte mayoritariamente controvertida entre los fiscales especialistas o cuando el/la fiscal de sala no esté conforme con la postura mayoritaria de los asistentes, el asunto no formará parte de las conclusiones. En este caso, el/la fiscal de sala analizará la cuestión planteada y, si procede, elaborará un dictamen o propondrá al Fiscal General del Estado la publicación de una circular, consulta o instrucción, elaborando a tal efecto el correspondiente borrador o proyecto.

14.ª Las conclusiones evitarán la incorporación de extensas introducciones y prolijos detalles jurisprudenciales. Si se considerara necesaria una relación detallada de resoluciones judiciales, se acompañará como anexo a las conclusiones en documento aparte.

15.ª Cuando se hayan debatido cuestiones que evidencien la necesidad de elaborar una circular, consulta o instrucción de la Fiscalía General del Estado, los fiscales de sala harán una breve alusión a este particular en la respectiva conclusión, acompañando una mínima justificación y reservando el análisis minucioso de la materia al borrador o proyecto que ulteriormente eleven al Fiscal General del Estado.

16.ª Las conclusiones de las jornadas se publicarán en la aplicación informática TESAURO FGE, alojada en la zona privada de la web del Ministerio Fiscal. Esta herramienta informática contendrá un repositorio de todas las conclusiones que se hallen en vigor y se irá actualizando con las nuevas conclusiones que se publiquen periódicamente.

17.ª La optimización de la organización de las jornadas precisará de la gestión coordinada entre las secretarías de los fiscales de sala, la Unidad de Apoyo y la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, en el ámbito de sus respectivas funciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 EOMF.

A fin de contribuir a una gestión eficiente de las jornadas, en la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado se creará una sección administrativa encargada de la gestión de las comisiones e indemnizaciones por razón de servicio de los asistentes y de la retribución de las ponencias impartidas por profesionales ajenos a la carrera fiscal, así como de prestar asistencia a las unidades y órganos fiscales en aquellos trámites que resulten necesarios para la celebración de las jornadas que se celebren a partir del día 1 de enero de 2026.

La Unidad de Apoyo fijará unas directrices generales para la tramitación de las jornadas de especialistas, aunque la responsabilidad de su organización, contenido y desarrollo recaerá en la unidad u órgano convocante.

En razón de todo lo expuesto, las/los Sras./Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

CONSULTA 1/2026, DE 5 DE MARZO, SOBRE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR O CICLOMOTORES TRAS LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL PERMISO O LICENCIA Y UNA VEZ CUMPLIDA LA PENA DE PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR

ÍNDICE: I. Objeto de la consulta.–II. Tipificación como delito contra la seguridad vial por conducción sin permiso en su modalidad de pérdida de todos los puntos asignados legalmente.–III. Tipificación como delito contra la seguridad vial por conducción sin permiso en su modalidad de privación definitiva del permiso o licencia por decisión judicial.–IV. Tipificación como delito de quebrantamiento de condena.–V. Conclusiones.

I. OBJETO DE LA CONSULTA

El Excmo. Sr. Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial de la Fiscalía General del Estado plantea el criterio a seguir en los casos de conducción de vehículos de motor o ciclomotores tras haberse declarado judicialmente la pérdida de vigencia del permiso o licencia, conforme al párrafo tercero del artículo 47 CP, una vez transcurrido el período de duración de la pena de privación del derecho a conducir.

La controversia se suscita en torno a la tipicidad de dicha conducta y, en caso de considerarse penalmente relevante, al tipo penal objeto de aplicación.

El debate tiene su origen a raíz de lo dispuesto en la Circular de la FGE núm. 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial, cuando en su conclusión decimosegunda señala:

«Los Sres. Fiscales calificarán como delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP los casos de conducciones realizadas una

vez cumplida la pena de privación del derecho a conducir superior a dos años generadora de la pérdida de vigencia del permiso conforme al artículo 47.3 CP cuando éste aún no se ha obtenido de nuevo, siempre que haya habido apercibimiento expreso al penado».

En fecha 16 de octubre de 2025 la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó sentencia en la que desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal –precisamente con el fin de provocar un pronunciamiento sobre la cuestión controvertida– y declaró la atipicidad de la conducta descrita (STS 850/2025, de 16 de octubre).

Ante la existencia de una contradicción en torno a lo establecido en la doctrina vinculante de la Fiscalía General del Estado y la citada sentencia, y visto que esta resolución no ha sido dictada por el Pleno de la Sala Segunda, pero sí por una Sala formada por siete magistrados, lo que muestra una inequívoca vocación de fijar un criterio jurisprudencial, el Excmo. Sr. Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial consulta el posicionamiento a seguir en aras de asegurar el principio de unidad de actuación (art. 124.2 CE), y adelanta su criterio coincidente con la atipicidad de la conducta sentada por la precitada sentencia.

II. TIPIFICACIÓN COMO DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL POR CONDUCCIÓN SIN PERMISO EN SU MODALIDAD DE PÉRDIDA DE TODOS LOS PUNTOS ASIGNADOS LEGALMENTE

El párrafo primero del artículo 384 CP establece como conducta penalmente relevante la siguiente:

«El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días».

El artículo 63 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, señala que a todo titular de un permiso o licencia de conducción se le asigna una serie de puntos, los cuales pueden perderse como resultado de sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves o muy graves, conforme al artículo 64 del mismo texto legal.

Lo que sanciona el tipo penal descrito en el párrafo primero del artículo 384 CP es la conducción realizada sin estar en posesión de punto alguno, es decir, tras haber perpetrado el sujeto activo infracciones que hayan determinado la imposición de sanciones administrativas que hayan supuesto, a su vez, la pérdida de la totalidad de los puntos asignados legalmente a dicha persona, y que ello haya determinado el dictado de la oportuna resolución administrativa de pérdida de vigencia del permiso o licencia de conducción.

La configuración típica del injusto descrito en el párrafo primero del artículo 384 CP no se ajusta, pues, de forma evidente, a la conducta objeto de la consulta efectuada, pues el tipo penal se refiere a una pérdida de vigencia del permiso o licencia acordada por la autoridad administrativa –no por la judicial– y motivada por la pérdida total de los puntos asignados, no por otra razón.

En consecuencia, como prevé la STS 850/2025, de 16 de octubre, el más elemental cumplimiento del principio de legalidad (arts. 25 CE y 1.1 CP) impide sancionar dicha conducta a través del tipo penal recogido en el párrafo primero del artículo 384 CP. Criterio que, por lo demás, ya había sido fijado en la Circular de la FGE núm. 10/2011, de 17 de noviembre.

III. TIPIFICACIÓN COMO DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL POR CONDUCCIÓN SIN PERMISO EN SU MODALIDAD DE PRIVACIÓN DEFINITIVA DE PERMISO O LICENCIA POR DECISIÓN JUDICIAL

El párrafo segundo del artículo 384 CP establece como conducta penalmente relevante la siguiente:

«La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción».

Este tipo penal sanciona dos conductas diferentes: i) conducir tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia de conducción en virtud de decisión judicial; ii) conducir sin haber obtenido nunca el permiso o la licencia de conducción.

De la mera lectura de la literalidad del tipo trascrito se evidencia la imposibilidad de subsumir el supuesto de hecho analizado en las conductas típicas descritas en el párrafo segundo del artículo 384 CP.

En efecto, la segunda de las conductas se circunscribe al supuesto de la persona que conduce un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca el permiso o licencia, es decir, que en ningún Estado ni en momento temporal alguno haya sido titular de permiso o licencia que le habilite para el ejercicio de la conducción, lo cual no guarda relación alguna con la conducta objeto de la presente consulta.

La primera de las conductas viene referida al supuesto de aquella persona que conduce un vehículo de motor o ciclomotor mientras se halla vigente bien una medida cautelar de privación del derecho a conducir, bien una pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores.

Sin embargo, algunas audiencias provinciales han venido sosteniendo que es posible incardinar el supuesto fáctico analizado en la conducta típica prevista en el párrafo segundo del artículo 384 CP de conducción de un vehículo de motor o ciclomotor tras una «privación definitiva del permiso o licencia por decisión judicial».

La mayoría de estas resoluciones judiciales se limitan a declarar la existencia de un conflicto aparente de leyes (concurso de normas) entre los artículos 384 (párrafo segundo) y 468.1 CP, así como a considerar que, en virtud del principio de especialidad (art. 8.3 CP) entre el delito de quebrantamiento de condena y el delito de conducción sin permiso, cualquier incumplimiento de una resolución judicial en materia de seguridad vial debe sancionarse conforme a este último precepto, por ser esta la voluntas legislatoris plasmada en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre. Al argumentario anterior se añade, en ocasiones, los argumentos empleados en la STS 510/2022, de 25 de mayo. Ejemplo de ello son las SSAP Asturias 185/2024, de 24 de abril; Barcelona 658/2022, de 7 de noviembre; Jaén 23/2022, de 2 de febrero; Barcelona 438/2018, de 26 de septiembre; Murcia 387/2017, de 22 de septiembre; Sevilla 410/2007, de 21 de septiembre.

La SAP Cantabria 59/2020, de 9 de marzo, profundiza en esa línea, y estima subsumible la conducta objeto de la presente Consulta en el párrafo segundo del artículo 384 CP, considerando en esencia que la «pérdida de vigencia» aludida en párrafo tercero del artículo 47 CP y la «privación definitiva» recogida en el párrafo segundo del artículo 384 CP son expresiones sinónimas. El razonamiento es el siguiente:

«No cabe acudir al artículo 468, delito de quebrantamiento de condena, sino al artículo 384.2 del Código Penal. En primer lugar, por el principio de especialidad, y ello puesto que este precepto contiene la descripción de la conducta aquí sancionada, "realizare la conducción

tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial" pues no otra cosa es lo que ha sucedido en el caso: una decisión judicial –sentencia penal– ha privado con carácter definitivo al recurrente de su licencia para conducir pues a ello equivale la "pérdida" de vigencia del permiso o licencia a que se refiere el artículo 47.3. En segundo lugar, porque no se trata de una "condena penal" propiamente que pueda o deba ser liquidada; y ello por cuanto ni se contempla entre las penas del artículo 33 del Código Penal ni cabe una "pena" indeterminada en cuanto a la duración de manera que se puede prolongar mínimamente en el tiempo una vez cumplida la condena –si se realizan las pruebas para recuperar la licencia en el momento en que finalice la pena de privación de la licencia– o de manera indefinida –en tanto no se realicen dichas pruebas–.»

La SAP Zamora 11/2024, de 1 de marzo, mantiene idéntica postura con razonamientos semejantes, pero no idénticos. En concreto esta Audiencia Provincial afirma:

«La privación definitiva del segundo párrafo del artículo 384 no puede entenderse prescindiendo de su oposición a "cautelarmente"; de modo que habrá de entenderse que comete el delito quien conduce "tras haber sido privado del permiso o licencia por decisión judicial", sea esta medida cautelar o sentencia definitiva. Entenderlo de otra manera supondría que existiera una doble incriminación sólo para los casos de conducción infringiendo medida cautelar, pero no en los de conducción quebrantando condena, lo cual resulta de todo punto ilógico. Asimismo, de admitirse que los supuestos de conducción quebrantando condena solo pueden subsumirse en el artículo 468, esos supuestos resultarían sancionados más benévolamente (solo con pena de multa) que los supuestos de conducción quebrantando medida cautelar, en los que los principios de especialidad y alternatividad obligan claramente a la aplicación del artículo 384, con la posibilidad de pena de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad».

La aplicación del principio de especialidad solo puede producirse si existen dos preceptos penales en los que una misma conducta resulta subsumible, es decir, si verdaderamente existe un supuesto conflicto aparente de leyes. Ahora bien, el inciso primero del párrafo segundo del artículo 384 CP no contiene como conducta típica la conducción de vehículo de motor o ciclomotor una vez se haya cumplido la condena de privación del derecho a conducir, aunque la sentencia condenatoria haya acordado la pérdida de vigencia del permiso o licencia. Más al contrario, en este tipo penal solo se contempla como conducta típica la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor durante la

vigencia bien de una medida cautelar, bien de una pena de privación del permiso o licencia de conducción, no tras el decaimiento o extinción de las mismas.

En efecto, el argumento empleado por algunos tribunales para asimilar «pérdida de vigencia» con «privación definitiva» no parece asumible, ya que carece de base normativa clara y, por tanto, compromete severamente el principio de taxatividad penal. Así lo entiende la STS 850/2025, de 16 de octubre, cuando señala lo siguiente:

«Se utiliza como argumento justificativo de esa equiparación lo previsto en el artículo 73.1 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, al disponer que "el titular de un permiso o licencia de conducción que haya perdido su vigencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 del Código Penal, al haber sido condenado por sentencia firme a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a dos años, podrá obtener, una vez cumplida la condena, un permiso o licencia de conducción de la misma clase y con la misma antigüedad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 71.2 para la pérdida de vigencia de la autorización por la pérdida total de los puntos asignados". Sin embargo, adviértase que el precepto no utiliza la expresión "pérdida definitiva" del permiso sino "pérdida de vigencia", que debe entenderse como una pérdida temporal ya que, aunque la norma diga que con la superación del curso se obtendrá un nuevo permiso, a continuación, precisa que será "de la misma clase y de la misma antigüedad", es decir, se rehabilitará el permiso que tenía el conductor. No hay, por tanto, base normativa para identificar pérdida definitiva con pérdida de vigencia».

Finalmente, tampoco parece aportar ninguna razón justificativa de peso la STS 510/2022, de 22 de mayo, citada por algunas de las audiencias provinciales previamente aludidas, pues, como sostiene la STS 850/2015, de 16 de octubre, «la citada sentencia carece de valor como precedente dado que no se pronunció sobre la calificación jurídica de los hechos por problemas derivados de la técnica casacional, limitándose a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia impugnada».

Cabe preguntarse, pues, cuál es el significado del tenor del párrafo segundo del artículo 384 CP cuando dice: «tras haber sido privado […] definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial».

Debe resaltarse, en primer lugar, lo equívoco de la expresión usada por el legislador, ya que el artículo 33 CP contempla dentro del elenco de penas previstas la «privación del derecho a conducir» y no la «pri-

vación del permiso o licencia que habilite para la conducción». Precisamente por ello, en un primer análisis, podría pensarse que el tipo penal del párrafo segundo del artículo 384 CP no se refiere a una pena cuando hace referencia a la privación definitiva del permiso o licencia por decisión judicial, pues, además, el artículo 33 CP no prevé que la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores pueda ser definitiva, y es que el artículo 40.2 CP dispone que esta pena tiene un límite máximo de 10 años, que en supuestos de exasperación punitiva puede alcanzar los 15 años (art. 70.3.4.º CP).

Tampoco la «privación definitiva del permiso o licencia» aparece como consecuencia accesoria en los artículos 127 a 129 CP.

La aparente incongruencia en el tenor literal del tipo debe solventarse entendiendo que el concepto de «privación definitiva» se contrapone al de «privación cautelar» que le precede. Por contraposición a la medida cautelar, revisable en cualquier momento del procedimiento, «privación definitiva» equivale en este contexto a «privación impuesta por sentencia judicial firme» y, por lo tanto, se refiere a una pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, la única prevista por el Código Penal, impuesta en sentencia firme.

En conclusión, permanece plenamente vigente el criterio establecido en la Circular de la FGE núm. 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial, cuando dispone lo que sigue:

«La subsunción en el tipo del artículo 384 inciso 2 es inviable en virtud del principio de legalidad. En efecto, el precepto contempla un quebrantamiento de condena cualificado […] El artículo 384 inciso 2, otorga un régimen penal de mayor rigor cuando la pena quebrantada es la privación del derecho a conducir, regulada en los artículos 39.d) y 47 CP. En los casos contemplados no se incumple o quebranta esta pena que ya ha sido ejecutada, sino la pérdida de vigencia acordada en sentencia y prevista en el artículo 63 LSV.»

IV. TIPIFICACIÓN COMO DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

El artículo 468.1 CP establece como conducta penalmente relevante la siguiente:

«Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de

prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.»

Para calificar unos hechos como delito de quebrantamiento de condena debe tenerse en consideración que el injusto típico 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 la misma. Como tipo subjetivo, es preciso que el sujeto activo conozca la existencia de tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar incumple lo que la resolución le impone (STS 650/2019, de 20 de diciembre).

El primer elemento objetivo del tipo penal es el incumplimiento de una condena dictada en una sentencia penal. El artículo 2.1 CP establece que «no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración». Pues bien, como hemos visto, las penas previstas en nuestro ordenamiento jurídico vienen recogidas en el artículo 33 CP. Del análisis de este catálogo resulta patente que, a pesar de que el legislador ubica el artículo 47 CP dentro de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título III, bajo el epígrafe «De las penas privativas de derechos», la realidad es que todas las penas reguladas en esa Sección 3.ª aparecen enumeradas en el artículo 33 CP, excepto precisamente la «pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción» (párrafo tercero del art. 47 CP).

Al no estar prevista en el elenco del artículo 33 CP, el hecho de considerar la pérdida de vigencia del permiso o licencia como una pena implica realizar una analogía contra reo, completamente vedada en Derecho Penal (SAP Huelva 156/2017, de 26 de septiembre).

Así, la SAP Barcelona 675/2016, de 28 de septiembre, mantuvo la tesis de la atipicidad de la conducta, y dotó a la pérdida de vigencia del permiso o licencia de conducir de la naturaleza jurídica de consecuencia accesoria, pese al óbice de no hallarse tampoco en el elenco previsto en los artículos 127 a 129 CP. El razonamiento fue el siguiente:

«A ello no es obstáculo interpretativo que en el no menos desafortunado artículo 47 in fine se determine que "cuando la pena impuesta lo fuere por tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso de conducir o licencia que habilite para la conducción" porque la pena que se impone en la sentencia firme (y que puede quebrantarse) es una pena determinada superior a dos años (por ejemplo cuatro años) que solo se podrá quebrantar durante el tiempo fijado (los cuatro años) pero no una vez cumplida (los cuatro años),

constituyendo la consecuencia anudada a la imposición de una pena superior a dos años no una pena sino una consecuencia accesoria.»

A todo lo anterior debe unirse el hecho de que no parece razonable sostener que la pérdida de vigencia pueda ser indefinida en el tiempo. En efecto, la pérdida de vigencia del permiso o licencia de conducir finaliza en el momento en el que el penado realiza el curso de sensibilización y supera las pruebas reglamentarias para su recuperación. Ahora bien, tales exigencias no aparecen recogidas en el Código Penal, sino en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Debe recordarse, en este sentido, que un órgano judicial solo puede imponer penas previstas en el Código Penal o en la legislación penal especial (art. 2.1 CP), por lo que no puede imponer la obligación de realizar un curso de sensibilización y la posterior superación de pruebas reglamentarias, que constituyen trámites administrativos que no forman parte de la condena penal.

Puesto que ni la pérdida de vigencia del permiso o licencia ni la superación del curso de sensibilización y las pruebas reglamentarias aparecen recogidas como contenido de ninguna de las penas en previstas en el artículo 33 CP, el primer requisito objetivo del tipo penal del artículo 468 CP no se halla presente en la conducta objeto de análisis en la presente Consulta. Este hecho impide apreciar la comisión de un delito de quebrantamiento de condena cuando el penado respecto de quien se acordó la pérdida de vigencia del permiso o licencia condujere tras cumplir la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, pero sin haber recuperado el permiso o licencia en los términos reglamentariamente previstos.

En estos casos, con el fin de que fuese viable una acusación por delito de quebrantamiento de condena, la Circular de la FGE núm. 10/2011 propuso que el órgano de enjuiciamiento requiriese de manera expresa al penado del deber de llevar a término el curso y las pruebas previstas en la normativa de seguridad vial, con advertencia de incurrir en delito de quebrantamiento de condena en caso de conducir un vehículo de motor o ciclomotor sin haberlo verificado. No obstante, ello implicaría facultar al órgano judicial a imponer pronunciamientos condenatorios con un contenido no previsto en el Código Penal, lo que se encuentra vedado por el principio de legalidad.

Los propios fiscales delegados de seguridad vial ya formularon sus dudas sobre ese concreto aspecto de la Circular de la FGE núm. 10/2011 en las conclusiones de las jornadas de especialistas de los años 2021, 2023 y 2024, como refleja la consulta planteada por el

Excmo. Sr. Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, dejando constancia, incluso, en las conclusiones de 2023 que «tras el debate, se concluye aguardar por razones de prudencia a que sea resuelto el recurso de casación actualmente pendiente ante el Tribunal Supremo».

Pues bien, la resolución de este recurso cristalizó en la ya citada STS 850/2025, de 16 de octubre, que sostiene la atipicidad del supuesto fáctico planteado bajo el siguiente razonamiento:

«El curso de sensibilización no forma parte de la condena penal. El Código Penal no establece la obligación de superar ese curso como pronunciamiento de condena. La superación del curso es una exigencia adicional de naturaleza administrativa que viene impuesta por el artículo 73.1 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, y esa es la razón por la que el propio Ministerio Público condiciona la punición a que exista un requerimiento específico a la realización del curso, lo que originaría la inaceptable solución de que la conducta sería punible en función de que exista o no ese requerimiento que, en cualquier caso, el tribunal no viene obligado a hacer porque no forma parte del pronunciamiento de condena».

Finalmente, debe señalarse que la conducta de conducir un vehículo de motor o ciclomotor, tras haber cumplido la pena de privación del derecho a conducir, pero subsistente la pérdida de vigencia impuesta por decisión judicial al amparo del párrafo tercero del artículo 47 CP, aun cuando no sea subsumible en ningún tipo penal, podría calificarse como infracción administrativa conforme al Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Por lo tanto, tales hechos deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad administrativa, conforme al artículo 85.3 de la citada norma y a la asentada doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre comunicaciones interorgánicas (*vid.* Instrucciones de la FGE núm. 4/1991, 7/1991, 2/1999, 1/2001, 1/2003, 10/2005 y 1/2009; Consulta de la FGE núm. 1/2017; Circulares de la FGE núm. 1/2002, 10/2011, 4/2013 y 1/2016).

V. CONCLUSIONES

Primera. La conducta de conducir un vehículo de motor o ciclomotor, tras haber cumplido la pena de privación del derecho a conducir, pero subsistente la pérdida de vigencia impuesta por decisión

judicial al amparo del párrafo tercero del artículo 47 CP, no será subsumida por las/os Sras./es. Fiscales en ninguno de los tipos penales previstos en los artículos 384.1, 384.2 y 468.1 CP.

Segunda. La conducta consistente en conducir un vehículo de motor o ciclomotor tras haber cumplido el sujeto activo la pena de privación del derecho a conducir, pero subsistente la pérdida de vigencia del permiso o licencia impuesta en virtud de resolución judicial de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 47 CP, constituye una conducta atípica, por lo que las/os Sras./es. Fiscales no formularán acusación en tales supuestos.

Tercera. En los casos indicados, las/os Sras./es. Fiscales solicitarán del órgano judicial la deducción del oportuno testimonio de particulares para su remisión a la autoridad administrativa competente a los efectos que pudieren proceder en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir con las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, las/os Sras./es. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Consulta.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Derecho Penal, Parte General,*
Madrid, Civitas, 2025, 2077 pp.

Esta obra es una de las construcciones más vastas y exigentes del pensamiento penal contemporáneo en lengua española. Con sus veintiocho capítulos y un epílogo, no solo ofrece una Parte General del Derecho penal, sino que aspira a fundar una teoría integral del castigo en el marco propio del Estado constitucional del siglo XXI. Para empezar, su arquitectura recoge la tradición dogmática alemana y –según señala su prólogo– pretende dialogar, aunque no siempre lo consiga plenamente, con la española, la italiana, la iberoamericana y la angloamericana, a lo que se suma la idea de hacer un libro personal que recoja los aportes del autor.

El resultado es un tratado de enorme densidad conceptual, concebido para lectores especializados, en el cual la exposición técnica se enlaza con una reflexión filosófica persistente sobre la legitimidad de la pena, el reconocimiento intersubjetivo, la racionalidad práctica y la función simbólica del Derecho penal. En sus páginas comparecen Aristóteles, Tomás de Aquino, la escolástica española, Kant, Hegel, Pufendorf, Binding, Armin Kaufmann, Frisch, Roxin, Jakobs, Hruschka y Mir Puig, entre otros. Desde ese horizonte, el libro puede leerse como una fenomenología del castigo contemporáneo bajo la forma de una dogmática racionalizada.

A no dudarlo, la primera columna del tratado es una antropología normativa. El castigo solo puede justificarse, según Silva Sánchez, si se parte de un sujeto racional, autónomo, abierto a la vida social y capaz de comprender y cumplir normas. El delito no aparece entonces como simple producción de daño, sino como ruptura de un vínculo

normativo: una negación del deber que el autor podía reconocer y observar. La pena, por ello, no se agota en la retribución ni en la prevención; es también una expresión institucionalizada de reproche ético-jurídico.

Esta concepción enlaza con las teorías comunicativas de la pena y con la idea de reconocimiento, pues el castigo comunica la vigencia del valor vulnerado y procura restaurar la confianza normativa entre los miembros de la comunidad. Su fuerza filosófica es indudable; también lo son sus dificultades. Al descansar sobre un ideal de sujeto racional y moralmente disponible, puede excluir a quienes, por razones estructurales, culturales, cognitivas o existenciales, no encajan en esa figura moderna del ciudadano destinatario de deberes.

La segunda columna del tratado es la teoría de la criminalización. Frente a una concepción centrada exclusivamente en la protección de bienes jurídicos, Silva Sánchez propone una clasificación tripartita de los delitos: *mala in se* nucleares, *mala in se* periféricos y *mala quia prohibita*. Los primeros abarcan los crímenes de gravedad evidente, como el homicidio; los segundos exigen una valoración adicional del desvalor de acción y de sus circunstancias; los terceros dependen en mayor medida de la prohibición formal y, por ello, requieren una justificación particularmente estricta.

Esta teoría permite comprender que el Derecho penal no solo protege bienes materiales, sino que también reafirma valores comunitarios y restaura simbólicamente el orden social. Sin embargo, en esa misma virtud se abre un riesgo decisivo: si la criminalización se justifica por la transgresión normativa antes que por la lesión o puesta en peligro de bienes, el Derecho penal puede convertirse en instrumento de control moral, sancionando desviaciones simbólicas o infracciones abstractas sin daño verificable. En sociedades plurales, atravesadas por desigualdades y conflictos culturales, la apelación a valores compartidos puede ser una ficción excluyente.

La tercera columna es la teoría de la norma y la crítica al bien jurídico. Silva Sánchez –de la mano de Binding– distingue entre leyes penales, normas de conducta y normas de sanción; las primeras se dirigen a los órganos estatales, mientras las segundas interpelan a los ciudadanos. Con ello busca superar el positivismo legalista y afirmar que el Derecho penal se apoya en un orden valorativo previo. La norma de conducta precede lógicamente al texto legal y expresa mandatos ético-jurídicos orientados al bien común.

Esta tesis dota de profundidad al sistema, pero tensiona el principio de legalidad: si el intérprete acude a valoraciones no codificadas, la frontera entre Derecho y moral se vuelve porosa. La crítica al con-

cepto clásico de bien jurídico se inscribe en ese mismo giro. Silva Sánchez no abandona dicho concepto, pero lo reubica dentro de una teoría normativa más amplia, en la cual la infracción de la norma de conducta y el reconocimiento intersubjetivo adquieren una centralidad superior. Así, el bien jurídico deja de operar como límite externo robusto del poder punitivo y pasa a desempeñar una función más subordinada dentro de la afirmación del orden normativo; la infracción importa no solo por el daño causado, sino por la negación del deber que encarna la norma. Con ello se explica la punición de delitos de peligro abstracto y de conductas simbólicamente desviadas, pero también se debilita la función garantista de la lesividad.

Desde una perspectiva crítica, este desplazamiento es problemático. La teoría del bien jurídico ha servido para impugnar leyes innecesarias, populistas o desproporcionadas; reducir su densidad limitadora disminuye su capacidad de contención frente al legislador. Además, al convertir la pena en instrumento de restauración comunitaria, se corre el riesgo de naturalizar el orden social existente y de dejar sin respuesta la selectividad del castigo: por qué ciertos intereses son protegidos, por qué algunos sujetos son castigados con prioridad y por qué ciertas violencias estructurales quedan fuera del foco penal. El tratado reconoce la expansión del Derecho penal como problema y no propugna, desde luego, una expansión punitiva indiscriminada; sin embargo, algunos presupuestos de su modelo comunicativo-normativo pueden favorecer una expansión simbólica del *ius puniendi*. La criminalización anticipada, los delitos de peligro abstracto y la sanción de infracciones no lesivas encuentran en esta matriz una justificación ética que puede resultar peligrosa en contextos de pluralismo moral y desigualdad material.

En otro plano, el capítulo sobre la aplicación judicial constituye uno de los momentos más sugerentes del tratado. Silva Sánchez rechaza tanto la imagen mecanicista del juez como boca de la ley, como la figura voluntarista del juez activista que sustituye la racionalidad jurídica por decisión política. El juicio penal aparece como un acto de razón práctica situado entre el texto legal, la tradición dogmática y la exigencia de justicia del caso concreto. La jurisdiccionalidad funciona como garantía: no hay delito sin juicio, sin contradicción, sin hechos probados y sin calificación razonada. De ahí su defensa de la búsqueda de la verdad procesal como horizonte normativo irrenunciable, aunque práctico, limitado y falible. También resulta relevante su crítica a la importación mecánica del principio de oportunidad desde el Derecho administrativo, pues ello puede favorecer una justicia gerencial orientada a la eficiencia antes que a la verdad.

En esta materia, la Dogmática penal no es para Silva Sánchez una fuente absoluta de decisiones ni un repertorio de fórmulas aplicables sin mediación; es una tradición racional compartida, abierta al caso, que orienta al juez sin sustituir su prudencia. La célebre idea de que el juez no debe ser ni boca de la ley ni boca del sistema dogmático resume ese equilibrio. El juez penal debe ser técnico y prudente, pero también virtuoso en sentido aristotélico: alguien capaz de buscar la respuesta más justa dentro del marco de la legalidad. De allí nace su defensa del juez humano frente al algoritmo y ante la avalancha de la inteligencia artificial que hoy todo lo sacude. Juzgar compromete responsabilidad, empatía y conciencia moral; por eso la justicia penal no puede reducirse a automatismos predictivos ni a cálculos de eficiencia.

También el capítulo dedicado a la doctrina del Derecho penal desarrolla una metodología ambiciosa. Silva Sánchez, tras analizar críticamente las tradiciones naturalista, formalista, neokantiana y funcionalista, y rechazar sus reduccionismos, propone una Dogmática realista apoyada en una ontología que reconozca al ser humano concreto, con sus errores, emociones, influencias sociales y circunstancias. Su método integrado busca un equilibrio reflexivo entre tres perspectivas: la conceptual-estructural, la teleológico-valorativa y la legal-exegética.

Los argumentos estructurales ofrecen el armazón conceptual; los teleológicos proporcionan orientación valorativa; los legales fijan los límites positivos. La Dogmática se concibe así como disciplina práctica, situada en la perspectiva del interviniente, al servicio de la justicia del caso. Su mérito radica en superar dicotomías sin caer en relativismo. Su dificultad, empero, consiste en determinar cómo opera ese equilibrio cuando los métodos entran en conflicto y qué criterio jerarquiza las razones concurrentes.

El método repercute en toda la teoría del delito. El injusto penal se comprende como infracción significativa del deber de reconocimiento; la antijuridicidad ya no se funda primariamente en la afectación de bienes, sino en la contradicción con la norma de conducta; la tipicidad expresa el contenido de esa norma; la culpabilidad se concibe como imputabilidad ética, es decir, como capacidad de responder al deber. La legalidad, la lesividad y la mínima intervención aparecen como garantías importantes, pero no siempre como límites infranqueables. Así, el Derecho penal corre el riesgo de transformarse en un espacio de reafirmación del deber, aun a costa de la libertad individual. De modo especialmente discutible, el tratado admite cierta flexibilización del principio del hecho y de la lesividad en favor de una teoría normativa de la conducta criminal, más atenta al desvalor de acción y a la desestabilización de expectativas que al daño concreto.

Ese trasfondo se hace visible en temas bioéticos. Frente al aborto, Silva Sánchez niega la existencia de un derecho a abortar, califica la práctica como injusto absoluto y afirma la protección del concebido como inocente absoluto. Frente a la eutanasia, rechaza que las leyes de eutanasia o de homicidio a petición puedan fundarse sin más en la autonomía del sujeto pasivo, y las considera problemáticas frente al marco constitucional de protección de la vida. Ambas posiciones revelan una ética deontológica fuerte, previa al debate democrático, que clausura la ponderación de intereses y restringe la autonomía personal. Así, la teoría del delito se muestra coherente con su antropología normativa, pero también conservadora: allí donde el pluralismo jurídico exigiría deliberación, el sistema responde con verdades morales sustantivas.

Para hablar del sistema de la teoría del delito debe abordarse el capítulo octavo, donde el expositor presenta una reconstrucción amplia de dicha materia. Silva Sánchez parte de la tradición alemana como paradigma dominante en el mundo hispanohablante y reconstruye su evolución desde las aproximaciones premodernas hasta el causalismo, el neokantismo, el finalismo y los funcionalismos contemporáneos. A este respecto, resulta especialmente valioso su tratamiento de la sistemática de Welzel, la incorporación del dolo al tipo y la subjetivización del injusto, amén de su análisis sobre las tensiones entre estructura y teleología. La propuesta final es una sistemática bipartita, integrada por injusto culpable y punibilidad, que busca superar tanto el formalismo clasificatorio como el funcionalismo radical. Su punto de apoyo es la distinción entre norma de conducta y norma de sanción, lo cual le permite articular las perspectivas *ex ante* y *ex post* del juicio penal.

El concepto de acción se define como comportamiento humano con capacidad de sentido. Con ello se abandona el causalismo y se privilegia una lectura normativo-valorativa: la acción no es mero movimiento corporal ni simple producción de efectos, sino expresión significativa susceptible de valoración. Silva Sánchez introduce tres juicios fundamentales: el juicio de significado, el juicio de valoración y el juicio de imputación. El primero atribuye sentido normativo a la conducta; el segundo determina su desvalor; el tercero conecta ese significado con la responsabilidad del agente. Esta arquitectura permite comprender el delito como configuración normativa compleja, pero desplaza el centro desde la lesión empírica hacia la ruptura simbólica del orden. El tipo penal deja de ser molde descriptivo para convertirse en puerta de entrada valorativa; la antijuridicidad no se deduce solo del daño, sino de la quiebra del deber; la culpabilidad aparece como respuesta ética ante la norma infringida.

A su turno, la tipicidad cumple una función de selección de comportamientos penalmente relevantes. No se reduce a una descripción naturalista, sino que incorpora un juicio de desvalor *ex ante*. Silva Sánchez distingue entre el comportamiento penalmente desaprobado y la imputación objetiva del resultado, reservando esta última para el juicio *ex post* que enlaza la conducta y el resultado lesivo. La propuesta es sofisticada y permite separar con precisión niveles de análisis; sin embargo, al cargar la tipicidad de contenido valorativo, se difumina la frontera con la antijuridicidad. Ello puede afectar la función garantista del tipo como espacio de previsibilidad, pues la determinación del injusto comienza antes de que el ciudadano pueda identificar con claridad los límites de la prohibición. La imputación objetiva, concebida no solo como realización de riesgos sino como quiebre de deberes de reconocimiento, gana profundidad ética pero pierde parte de su función restrictiva.

La antijuridicidad conserva su lugar como contradicción entre la conducta típica y el ordenamiento, en ausencia de causas de justificación; no obstante, Silva Sánchez distingue diversos sentidos de la categoría antijuridicidad: intersubjetivo *ex ante*, objetivo *ex post* y subjetivo *ex ante*, privilegiando el primero. Este giro refuerza la centralidad de la norma de conducta y de la desaprobación del comportamiento, pero vuelve más compleja la articulación con el principio de lesividad; en sociedades plurales, donde las valoraciones sobre lo permitido, lo justificado y lo tolerable son heterogéneas, la antijuridicidad entendida como ruptura del orden normativo puede resultar demasiado unitaria. Además, el tratamiento de jurisdicciones indígenas y culturales queda en un plano técnico-formal, sin examinar de modo suficiente el pluralismo jurídico profundo ni las memorias coloniales que atraviesan la penalidad; las diferencias culturales no pueden ser tratadas como meras anomalías frente a la norma estatal.

La discusión sobre la tentativa, la autoría y la participación criminal revela otra tensión: Silva Sánchez aborda estas materias con su rigor habitual, pero su ubicación antes de las causas de justificación debilita la limpieza arquitectónica del sistema. La tentativa exige saber qué injusto se intentó; la participación requiere precisar en qué injusto se participó; la autoría presupone delimitar el hecho antijurídico. Si esas categorías se estudian antes de cerrar el juicio de justificación, el análisis puede adelantarse sobre terreno todavía inestable. Esta observación no pretende negar el valor expositivo de la obra, sino recordar que la Dogmática es también orden; en el Derecho penal, a no dudarlo, la secuencia conceptual cumple una función garantista: impide que el reproche avance antes de que el injusto haya sido definido con precisión.

La punibilidad, por su parte, ofrece una posibilidad garantista que convendría potenciar. Si se la entiende como filtro final de equidad, necesidad y legitimidad, puede impedir que la lógica del sistema culmine automáticamente en pena. Allí hay una vía para reabrir el tratado hacia la política criminal mínima. El problema es que esa categoría aparece al final de un recorrido muy cargado de sentido normativo, de modo que su capacidad de contención depende de cuánta fuerza se le reconozca. En una Dogmática orientada por el deber, la punibilidad debería convertirse en un lugar de resistencia: el sitio donde el Derecho recuerda que no todo reproche merece prisión, que no toda culpabilidad exige dolor estatal y que la justicia penal empieza, muchas veces, por abstenerse.

La reflexión sobre la individualización de la pena conduce al problema decisivo de su justificación. Silva Sánchez examina las teorías absolutas, en particular la retribución kantiana, y reconoce su valor normativo, pero advierte su tendencia a encerrar la pena en una lógica ahistórica. También analiza las teorías preventivas generales y especiales, mostrando su utilidad operativa y sus peligros instrumentalizadores. Su propuesta es mixta y limitada: la pena se funda en la afirmación del Derecho, la prevención de futuras infracciones y la retribución como reconocimiento del injusto; ninguna función puede imponerse como dominante sin deformar el sistema. La pena no es venganza simbólica ni terapia social; es un mal necesario, sujeto a legalidad, proporcionalidad y mínima intervención.

Uno de los aportes más significativos del tratado toca con la determinación judicial de la pena. Si la sanción es la expresión más intensa del poder punitivo, no puede quedar abandonada a automatismos ni a una discrecionalidad opaca; debe individualizarse con criterios racionales, considerando el hecho, la culpabilidad, la necesidad preventiva y las circunstancias personales. Sin embargo, la misma concepción comunicativa de la pena vuelve a plantear tensiones: si castigar significa emitir un mensaje institucional de rechazo, el sistema puede usar la pena para reafirmar valores dominantes y no solo para responder a daños graves. En sociedades plurales, esta dimensión simbólica debe ser contenida por límites fuertes, so pena de convertirse en pedagogía moral autoritaria.

A todo lo anterior, añádase que el problema del pluralismo atraviesa toda la obra. Silva Sánchez menciona las jurisdicciones indígenas y reconoce ciertas tensiones entre legalidad, derechos fundamentales y diversidad cultural, pero no desarrolla una reflexión suficiente sobre la colonialidad, la desigualdad o el pluralismo jurídico profundo. Por ello, el consenso normativo que presupone la pena comunicativa aparece como una ficción en sociedades fracturadas. Desde el Sur global, donde

el castigo recae de modo selectivo sobre los pobres, los racializados, los disidentes y los excluidos, la teoría del reconocimiento puede convertirse en retórica de integración que oculta relaciones históricas de dominación. No basta, pues, con afirmar una comunidad jurídica: es preciso preguntar quién la define, quién habla en su nombre y quién queda fuera de su gramática.

En esa misma línea de análisis, el tratado revela un notorio etnocentrismo doctrinal. Aunque anuncia atención a las aportaciones españolas e iberoamericanas –incluso con las italianas–, el diálogo con la doctrina latinoamericana y portuguesa resulta muy limitado. Figuras como Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Juarez Tavares, Alberto Binder, Máximo Sozzo, Lola Aniyar de Castro, Salo de Carvalho, Boaventura de Sousa Santos o el propio garantismo latinoamericano aparecen poco o nada integradas en la estructura argumental. No se trata de exigir un catálogo de citas, sino de reclamar un verdadero diálogo epistémico con tradiciones que han pensado el Derecho penal desde sociedades marcadas por violencia estatal, desigualdad, colonialidad y selectividad punitiva. Sin esa interlocución, el Sur aparece como destinatario pasivo de modelos europeos, no como productor de una teoría.

Esta omisión no es secundaria. Una Dogmática que no se interroga por los márgenes corre el riesgo de convertirse en razón administradora del castigo. El Derecho penal latinoamericano no puede limitarse a importar categorías nacidas en contextos institucionales distintos; debe confrontarlas con cárceles hacinadas, persecución selectiva, criminalización de la pobreza, violencia policial, conflicto armado, economías ilegales, racismo y exclusión. Allí donde la pena opera como mecanismo de gobierno de poblaciones vulnerables, la pregunta dogmática no puede separarse de la pregunta política. Por eso, la crítica desde el Sur no niega el valor técnico del tratado, pero sí exige abrirlo a otras voces, otros dolores y otras racionalidades.

En ese contexto, el tratado de Silva Sánchez es un gran aporte al Derecho penal contemporáneo; su erudición histórica, su rigor conceptual y su ambición sistemática lo convierten en obra de obligada referencia. Pocos textos ofrecen una reconstrucción tan amplia de la Parte General del Derecho penal y una reflexión tan articulada sobre la norma, el delito, la culpabilidad, la punibilidad y la pena. También es muy valiosa su defensa del juez prudente, su crítica a los automatismos, su preocupación por la racionalidad de la individualización punitiva y su esfuerzo por evitar reduccionismos metodológicos.

Pero su grandeza no elimina sus sombras. La teoría que propone desplaza el eje desde la protección de bienes jurídicos hacia la restauración del orden normativo; relativiza la lesividad; moraliza el injusto;

convierte la pena en lenguaje de reafirmación comunitaria; y presupone un consenso que las sociedades desiguales no siempre poseen. Desde una perspectiva periférica, su construcción resulta doblemente problemática: naturaliza una racionalidad jurídica europea como si fuese universal y presta insuficiente atención a las condiciones materiales del castigo en el Sur global. Su Dogmática es monumental, pero su esfinge está levantada sobre una plaza donde no todos han podido hablar.

Así las cosas, la obra debe leerse con admiración y cautela. Admiración, porque condensa una inteligencia dogmática excepcional y ofrece instrumentos analíticos de primer orden; cautela, porque su coherencia interna puede operar como cierre frente al conflicto, la diversidad y la crítica. El desafío no consiste en desecharla, sino en discutirla desde la periferia, interrumpir su pretensión de universalidad y confrontar su normativismo con la experiencia histórica de quienes padecen el poder punitivo. Solo así la Dogmática penal dejará de ser una catedral cerrada para convertirse en un foro abierto, donde el Derecho no hable únicamente con la voz del orden, sino también con la memoria de sus heridas.

Conviene subrayar, además, que el tratado no se contenta con ordenar materiales conocidos; su propósito consiste en reconstruir las categorías tradicionales desde una premisa unificadora: el Derecho penal solo puede comprenderse si se atiende a la relación entre persona, norma y comunidad. De ahí que cada institución aparezca atravesada por una pregunta de legitimidad. La legalidad, la proporcionalidad, la jurisdicción, la culpabilidad y la pena no son piezas aisladas, sino estaciones de un itinerario que busca explicar cuándo el Estado puede reprochar, castigar y mantener, sin destruirla, la dignidad del castigado. Esa pretensión totalizante explica la grandeza de la obra y también su fragilidad. Cuanto más ambicioso es el sistema, mayor es el riesgo de que las categorías se cierren sobre sí mismas y dejen fuera experiencias históricas que no caben en la gramática del centro europeo.

La antropología normativa del libro cumple, en ese sentido, una función decisiva. No es un simple presupuesto filosófico, sino el suelo desde el cual se levantan la norma, la imputación y la culpabilidad. El sujeto del tratado es vulnerable, racional de modo limitado, influenciable y, al mismo tiempo, capaz de deber. Esa imagen permite superar el determinismo naturalista y el funcionalismo puramente sistémico, pero también introduce una fuerte carga moral. El delincuente es visto como alguien que podía reconocer el bien y, pese a ello, quebrantó el deber; la imputación se ilumina entonces con tonos éticos, no solo jurídicos. Por eso la crítica debe insistir en que ninguna teoría de la persona

puede olvidar las condiciones sociales que moldean la libertad: pobreza, exclusión, violencia temprana, subordinación cultural, colonialidad y desigualdad institucional. Allí donde esas condiciones son intensas, la apelación abstracta a la autonomía puede convertirse en un espejo demasiado limpio para mirar una realidad manchada.

Algo semejante ocurre con la función comunicativa de la pena. La idea de que el castigo expresa reproche y reafirma la vigencia de la norma resulta atractiva porque evita reducir la pena a utilidad, intimidación o cálculo preventivo. Pero la comunicación penal no acontece en el vacío; habla desde instituciones concretas, con historias concretas y contra sujetos concretos. Cuando el aparato punitivo se dirige de modo preferente contra poblaciones pobres, migrantes, indígenas, racializadas o políticamente disidentes, el mensaje de la pena no siempre es reconocimiento; puede ser dominación. Por ello, una teoría comunicativa que quiera ser democrática necesita preguntarse por las condiciones de escucha, participación y reciprocidad. Sin esa pregunta, el lenguaje del castigo se convierte en monólogo estatal.

La clasificación entre *mala in se* y *mala quia prohibita* también exige prudencia. Su utilidad analítica es evidente, pues permite diferenciar el núcleo de criminalidad grave de aquellas prohibiciones cuya legitimidad depende más directamente de decisiones legislativas; sin embargo, la frontera entre daño moral, daño jurídico y desobediencia normativa no siempre es limpia. En Estados atravesados por el populismo penal, los medios de comunicación punitivistas y las demandas sociales de seguridad, la categoría de lo normativamente intolerable puede ensancharse con facilidad. La historia reciente muestra que muchas conductas son penalizadas no por su lesividad real, sino por su capacidad de simbolizar amenazas: el enemigo interno, el extraño, el disidente, el pobre peligroso; de ahí que el principio de bien jurídico, pese a sus límites, conserve una función política de resistencia frente a la inflación penal.

El análisis de la pena muestra la misma ambivalencia. La teoría mixta limitada evita unilateralidades y reconoce que ninguna finalidad punitiva puede reclamar soberanía absoluta; ese pluralismo funcional es razonable. Pero la pena sigue siendo presentada como respuesta necesaria para reafirmar el Derecho, prevenir infracciones y reconocer el injusto. Desde el Sur, debería añadirse que la pena real –la cárcel, el proceso y la marca concretos– suele estar muy lejos de esa racionalidad. La prisión latinoamericana no comunica dignidad; con frecuencia anuncia el abandono, el hacinamiento, la muerte lenta y la reproducción de violencia. Una teoría de la pena que no mire ese dato objetivo corre el riesgo de justificar una institución ideal mientras la institución real devora vidas.

El etnocentrismo señalado en este escrito no debe entenderse como reproche personal, sino como crítica epistémica. La tradición penal europea ha producido herramientas indispensables, pero no agota la razón jurídica. América Latina, Portugal, África y otros márgenes planetarios han elaborado saberes nacidos de experiencias que la Dogmática central no siempre registra: dictaduras, transiciones, genocidios, colonialidad, populismo punitivo, encarcelamiento masivo, criminalización de movimientos sociales y economías ilegales impuestas por estructuras globales. Ignorar esas voces empobrece el sistema. Una obra como la de Silva Sánchez que pretenda dialogar con Iberoamérica debe asumir que la periferia no solo comenta, también piensa; no solo recibe categorías, también las transforma.

De ahí que la conclusión crítica no sea destructiva. El tratado reseñado debe leerse como una obra mayor, quizá inevitable para cualquier penalista de nuestro tiempo; pero precisamente por su fuerza debe ser discutido con severidad. Las obras menores apenas merecen reseña; las monumentales exigen combate intelectual. La crítica que aquí se propone desde el Sur no busca derribar el edificio sino abrir ventanas en sus muros, dejar entrar otros climas, otras voces, otras heridas. El Derecho penal que viene necesitará menos certezas cerradas y más sensibilidad ante el sufrimiento que produce; requerirá una Dogmática que conserve el rigor sin convertirlo en liturgia, que piense en la norma sin olvidar la carne, y que entienda que la justicia no siempre habla desde el centro: a veces nace en los márgenes, allí donde el castigo dejó su sombra más larga.

Así las cosas, este escrito no es una impugnación sumaria a un gran tratado, sino una lectura admirativa y severa. Reconoce la potencia intelectual de la obra, su dominio de la tradición alemana y anglosajona, su conocimiento de la discusión española –aunque no siempre debate con todas las corrientes– y su capacidad para ordenar debates dispersos, pero no renuncia a mostrar que la perfección sistemática puede convivir con déficits políticos. En el Derecho penal la elegancia conceptual no basta: toda categoría debe ser interrogada por sus efectos; una teoría puede ser impecable en el plano interno y, sin embargo, insuficiente para contener la violencia estatal. Esa es la advertencia que atraviesa el trabajo: la Dogmática no debe convertirse en una música tan exacta que deje de oír los gritos que vienen de la cárcel, del proceso desigual o de la frontera social.

La cuestión de la legalidad merece, en ese marco, una atención especial. Silva Sánchez la expone como garantía fundamental, pero su teoría de la norma, al admitir que las normas de conducta poseen densidad material anterior a la ley, introduce una tensión difícil de resolver.

El ciudadano debe poder conocer con claridad qué se le prohíbe y por qué se le reprocha; si el contenido del deber depende de valoraciones éticas reconstruidas por el intérprete, la previsibilidad se debilita. El problema no es solo técnico, sino democrático: en un Estado constitucional, la pena necesita ley, y la ley requiere límites semánticos firmes. Cuando la moral comunitaria penetra demasiado en la interpretación, la legalidad puede conservar su nombre y perder parte de su función.

La proporcionalidad aparece asimismo como principio imprescindible, aunque sometido a la misma ambivalencia. Si la pena comunica el reproche de la comunidad, la medida de ese reproche debe impedir tanto el exceso expresivo como el exceso preventivo; no obstante, las sociedades contemporáneas tienden a convertir la gravedad simbólica en severidad penal. La alarma social, la victimización mediática y la promesa política de seguridad presionan al juez y al legislador para aumentar penas, anticipar barreras y multiplicar tipos. Por ello, una teoría comunicativa del castigo necesita blindarse frente a la retórica del escándalo; la proporcionalidad no debe medir solo la intensidad del mensaje estatal, sino también el daño que el propio Estado produce al castigar.

Desde luego, la magnífica referencia al juez virtuoso –al estilo aristotélico, según ya se apuntó– resulta una de las imágenes más nobles y logradas del tratado. En tiempos de automatización, inteligencia artificial y justicia cuantificada, la reivindicación de la prudencia conserva una dignidad antigua. Sin embargo, la virtud judicial no puede descansar únicamente en la excelencia individual, porque ella también requiere instituciones transparentes, formación crítica, independencia real, defensa pública fuerte, control de sesgos y condiciones materiales que permitan decidir sin presión burocrática. El juez prudente no florece en cualquier suelo; necesita un ecosistema institucional que lo proteja del populismo, de la estadística ciega y de la rutina; sin ese entorno, la apelación a la virtud corre el riesgo de convertirse en consuelo aristotélico ante estructuras que empujan hacia decisiones injustas.

También conviene precisar la crítica al conservadurismo del tratado. No se trata de una etiqueta ideológica ligera, sino de la constatación de que su sistema tiende a preservar un orden normativo sustantivo, a concebir la comunidad como horizonte de restauración y a desconfiar de reclamos de autonomía que cuestionan bienes considerados indisponibles. Esto se advierte –ya se señaló– al abordar las problemáticas del aborto y la eutanasia, pero también en la comprensión general de la pena como reafirmación de deberes. La Dogmática resultante no es reaccionaria en sentido vulgar, es sofisticada, culta y argumentativamente rigurosa; precisamente por eso puede resultar

más persuasiva y, a la vez, más difícil de resistir: su conservadurismo no grita, pero sí razona.

Ahora bien, desde una mirada latinoamericana el punto decisivo consiste en recuperar el carácter conflictivo del Derecho penal. El delito no siempre es ruptura de un consenso y, a veces, expresa conflictos sociales mal resueltos, mercados ilegales producidos por exclusión, resistencias políticas, fracasos estatales o violencias previamente sufridas. La norma penal no siempre representa una comunidad reconciliada; puede encarnar relaciones de poder sedimentadas. Por eso la teoría del reconocimiento debe complementarse con una teoría de la dominación; no basta preguntar qué deber fue infringido, debe examinarse quién definió ese deber, a quién beneficia, contra quién se aplica y qué formas de poder deja intactas.

En fin, con este escrito se quiere invitar a repensar el lugar de la Dogmática penal, porque ella no debe ser abandonada: sin categorías rigurosas, es seguro, el castigo se vuelve arbitrario. Pero ella tampoco debe encerrarse en una torre de conceptos; su tarea más noble consiste en traducir la exigencia de libertad en límites concretos al poder punitivo. Ella debe servirle al juez, al legislador, al acusado y a la víctima, pero, sobre todo, a la justicia entendida como contención del dolor innecesario. Si la Dogmática no reduce el sufrimiento, si no impide penas injustas, si no denuncia selectividades, si no escucha a quienes han sido históricamente castigados, entonces habrá ganado precisión, pero habrá perdido el alma.

En otras palabras: frente a un tratado monumental como el que tiene el lector enfrente, la crítica debe ser igualmente seria porque solo la discusión rigurosa impide que los monumentos se conviertan en mausoleos. Silva Sánchez ofrece una Dogmática admirable, pero anclada en una racionalidad normativa que debe ser discutida desde sociedades donde el castigo no es abstracción, sino experiencia cotidiana de desigualdad. Esta obra ilumina, pero toda luz proyecta sombra, y el Derecho penal solo merece obediencia cuando aprende también a limitarse.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Profesor jubilado y Asesor académico de la Universidad Sergio Arboleda,
Bogotá, Colombia.

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia. Estudio General

Secretario

ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

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
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valencia

LUZ MARÍA PUENTE ABA
Catedrática de Derecho Penal
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
Magistrado del Tribunal Supremo

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Jurista español experto en Derecho Penal,
catedrático emérito y profesor colaborador honorífico
Universidad Complutense de Madrid